Grundfragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen, von Duldungen und Unterlassungen (§§ 888, 890 ZPO)

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Helmut Zieres

Saarbrücken
1970

Druck:
Universitätsbibliothek Saarbrücken

Grundfragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen, von Duldungen und Unterlassungen §§ 888, 890 ZPO)

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

Saarbrücken 1970

Vorgelegt von
Landgerichtsrat Helmut Zieres
Bischmisheim

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Mai 1970

Erstberichterstatter: Prof. Dr. G. Lüke
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. G. Kielwein
Dekan: Prof. Dr. H. Hax

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis V

§ 1 Einleitung 1

1. Abschnitt: Die Bedeutung der in §§ 888 und 890 ZPO vorgesehenen Zwangsmaßnahmen 10

§ 2 Die zur Funktion der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO vertretenen Meinungen 10

I. Die Strafe des § 888 ZPO 10
II. Die Strafe des § 890 ZPO 11

1. Die rein vollstreckungsrechtliche Lösung 14
2. Die strafrechtliche Lösung 15
3. Die Theorie von der Doppelfunktion 18
4. Die Strafe des § 890 ZPO als Ordnungsstrafe 22

III. Die im strafrechtlichen Schrifttum zur Funktion der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO vertretenen Meinungen 22

IV. Die Entstehungsgeschichte der §§ 888 und 890 ZPO 24

§ 3 Kritik an der zu § 890 ZPO vertretenen "strafrechtlichen Lösung" 25

I. Die Unvereinbarkeit der "strafrechtlichen Lösung" mit dem Wesen der Kriminalstrafe 25

II. Die Unvereinbarkeit der "strafrechtlichen Lösung" mit der Normentheorie 27

III. Die Verschiedenheit der im Zivil- und Strafprozeß geltenden Verfahrensgrundsätze 31

IV. Vergleich der Maßnahmen des § 890 ZPO nach Art und Umfang mit den Strafen des StGB 32

V. Verfehlte Anwendung strafrechtlicher Grundsätze im Verfahren nach § 890 ZPO 33

VI. Die Lehre vom "Autoritätszweck" der Maßnahmen des § 890 ZPO 36

VII. Sonstige Bedenken gegen die "strafrechtliche Lösung" 42

§ 4 Die Strafen der §§ 888 und 890 ZPO als Vollstreckungsmittel 49

I. Die Strafe des § 890 ZPO 49

II. Die Strafe des § 888 ZPO 62

III. Die Parallele zur Vertragsstrafe des § 339 BGB 63

2. Abschnitt: Das Verfahren des § 890 ZPO Einzelprobleme 66

§ 5 Der Zeitpunkt, von dem ab eine Zuwiderhandlung strafbar wird 67

§ 6 Wegfall der Vollstreckbarkeit des Titels und Wegfall des Titels selbst infolge Aufhebung oder Vergleichsabschlusses 77

I. Wegfall der Vollstreckbarkeit des Titels 77

II. Wegfall des Vollstreckungstitels infolge Aufhebung oder Vergleichsabschlusses 80

§ 7 Das befristete Verbot und die einmalige Unterlassung 88

I. Das befristete Verbot 88

II. Die einmalige Unterlassung 90

III. Wegfall des Vollstreckungstitels wegen des Fristablaufs oder wegen der Begehung der nur einmal möglichen Zuwiderhandlung 93

§ 8 Wegfall des Vollstreckungstitels infolge Erledigungserklärung der Parteien oder durch Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO 94

I. Erledigungserklärung der Parteien 94

II. Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO 97

III. Praktikabilität der gefundenen Lösung und Sonderfälle 100

IV. Die Abwicklung eines bereits eingeleiteten Straffestsetzungsverfahrens 107

§ 9 Der Vollstreckungstitel wird durch Veränderung der Verhältnisse "gegenstandslos" 108

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen 110

II. Lösungsversuch auf der Grundlage der hier vertretenen "rein vollstreckungsrechtlichen" Behandlung des § 890 ZPO 113

1. Die Zwecklosigkeit einer trotz Erlöschens des Anspruchs festgesetzten Strafe 113

2. Sonderfälle 115

3. Die vom Schuldner erhobene Vollstreckungsabwehrklage 116

4. Berücksichtigung des Erlöschens des Anspruchs im Straffestsetzungsverfahren 122

5. Praktikabilität der gefundenen Lösung 130

III. Die Abwicklung eines bereits eingeleiteten Straffestsetzungsverfahrens 130

§ 10 Die rückwirkende Aufhebung des Vollstreckungstitels nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses oder nach vollzogener Straffestsetzung 131

I. Die Aufhebung des Titels nach Eintritt der formellen Rechtskraft, aber vor vollzogener Straffestsetzung 131

II. Die Aufhebung des Titels nach vollzogener Straffestsetzung 138

3. Abschnitt: 146

§ 11 Die Vollstreckung eines auf eine Dauerverpflichtung gerichteten Titels

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen 146

II. Die Anwendbarkeit des § 888 ZPO 149

III. Abwendung einer Straffestsetzung durch Teilerfüllung 150

4. Abschnitt: Das Erfordernis eines Verschuldens im Bestrafungsverfahren nach §§ 888 und 890 ZPO 158

§ 12 Die Strafe des § 890 ZPO 158

I. Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen 158

II. Die Funktion der in § 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen und die Notwendigkeit eines Verschuldens 162

1. Kritik an der Entscheidung des BVerfG 162

2. Die Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG 166

3. Eigener Lösungsversuch 168

III. Die Zurechnung der von einem Dritten begangenen Zuwiderhandlung 171

1. Die objektive Zurechnung 171

2. Die subjektive Zurechnung 172

3. Die Anwendbarkeit des § 831 BGB 174

IV. Die Fälle des § 13 Abs. 3 UWG und des § 12 Abs. 2 RabattG 178

1. Die Lehre von der vollstreckungsrechtlichen Sonderstellung dieser Fälle 178

2. Eigener Lösungsversuch 180

3. Die Praktikabilität der gefundenen Lösung 182

§ 13 Die Strafe des § 888 ZPO 185

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen 185

II. Die Gleichbehandlung der Maßnahmen des § 888 und des § 890 ZPO 186

Abkürzungsverzeichnis

Für die vorliegende Arbeit wurde das in der Zeitschrift "Juristische Schulung" (JuS) veröffentlichte Abkürzungsverzeichnis benutzt. Es darf hierauf verwiesen werden.

Literaturverzeichnis

(V.u. = Vorname unbekannt; Vorname des Verfassers konnte nicht festgestellt werden)

ADOMEIT, Klaus: Unlautere Werbung durch Beauftragte und das Verschuldenserfordernis in § 890 ZPO, NJW 1967, 1994 ff.

BAUMANN, Jürgen: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968.

BAUMBACH-HEFERMEHL: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1964.

BAUMBACH-LAUTERBACH: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 30. Aufl., München 1970.

BAUR, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch, Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955.

BAUR, Fritz: Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Karlsruhe 1965.

BÄRMANN, Johannes: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1968.

BEIER, Friedrich-Karl: Anmerkung, GRUR 1956, 98 f.

BENDIX V.u.: Die "Strafe" aus den §§ 888, 890, 938 ZPO, JW 1923, 364 f.

BETTERMANN, Karl August: Anmerkung, DVBl 1969, 120 f.

BLOMEYER, Karl: Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., Berlin 1956.

DE BOOR-ERKEL: Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., Wiesbaden 1962.

BÖTTICHER, Eduard: Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, MDR 1963, 353 ff.

BRUNS, Rudolf: Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin und Frankfurt 1963.

BULL, Hans-Joachim: Prozeßhilfen, 2. Aufl., München und Berlin 1960.

BULL, Hans-Joachim: Prozeßkunst, Berlin und Frankfurt 1964.

CALLMANN, Rudolf: Der Unlautere Wettbewerb, Kommentar, 2.Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

ENNECCERUS-LEHMANN: Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Bearbeit., Tübingen 1958.

ESSER, Josef: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 3. Aufl., Karlsruhe 1968.

FALKMANN-MUGDAN: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 2. Teil, 2. Aufl., Berlin 1914.

FÖRSTER-KANN: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1926.

FREUDENTHAL-SAUERLÄNDER: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 1926.

GODIN-HOTH: Wettbewerbsrecht, Zugabe- und Rabattrecht, Kommentar, Berlin 1957.

GOLDSCHMIDT, James: Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.

GÖPPINGER, Horst: Erledigung des Eilverfahrens infolge Entscheidung des Hauptprozesses und Probleme des § 890 ZPO, NJW 1967, 177 ff.

GÖPPINGER, Horst: Die Erledigungserklärung im Verfahren wegen Arrestes und einstweiliger Verfügung, ZZP 70 (1957), 423 ff.

HOCHE, Ulrich: Zwangsvollstreckungsrecht, Lehrbuch, 3.Aufl., Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin 1963.

HUBMANN, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz, Studienbuch, 2. Aufl., München 1969.

ISAAC, Martin: Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren, ZStrW 21 (1901), 625 ff.

JANSEN, Paul: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 1.Band, 2. Aufl., Berlin 1969.

JOHANNES, Hartmut: Anmerkung, NJW 1962, 595 f.

JONAS, Martin: Anmerkung, JW 1936, 2579.

KAUFMANN, Armin: Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173 ff.

KAUFMANN-HASSEMER: Der praktische Fall, Strafrecht, JuS 1964, 151 ff.

KEIDEL, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 9. Aufl., München und Berlin 1967.

KEIDEL, V.u.: Vollstreckung von Urteilen gegen den Betriebsinhaber wegen unlauterer Wettbewerbshandlungen von Angestellten und Beauftragten, LZ 1914, 655 ff.

KERSTEN, Eduard: Anmerkung, MDR 1957, 428 f.

KLAUSS, Herbert: Anmerkung, NJW 1957, 348 f.

KLEIST, Werner: Die Strafen in §§ 888, 890 ZPO und ihr Erlaß durch Begnadigung, JW 1911, 205 ff.

KÖHLER, August: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.

KUHNT, V.u.: Die Strafe aus § 890 Zivilprozeßordnung, DR 1941, 2369 ff.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 1. und 2. Band, Allgemeiner und Besonderer Teil, 9. Aufl., München 1968.

LECHNER, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl., München 1967.

LEIBHOLZ-RUPPRECHT: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln 1968.

LEIPZIGER-KOMMENTAR: Strafgesetzbuch, herausgegeben von Jagusch, Mezger, Schaefer und Werner, 1. Band, 8. Aufl., Berlin 1957.

LENT-HABSCHEID: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Studienbuch, 4. Aufl., München, Berlin 1962.

LENT-JAUERNIG: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Studienbuch, 11. Aufl., München und Berlin 1969.

LÜKE, Gerhard: Anmerkung, JZ 1959, 369 ff.

LÜKE-BÄHR: Der praktische Fall, Bürgerliches Recht, JuS 1963, 283 ff.

MAUNZ-DÜRIG: Kommentar zum Grundgesetz, Band II, München 1969.

MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965.

MEYER, Karl E.: Die Zuwiderhandlungsstrafe aus § 890 ZPO und der Wegfall des Rechtsschutzinteresses, MDR 1956, 577 f.

MEZGER-BLEI: Strafrecht, Studienbuch, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1968.

MOHR, *Das Verfahren nach § 890 ZPO und die analoge Anwendung strafrechtlicher und strafprozessualer Bestimmungen, Inaugural-Dissertation, Frankfurt/M., 1958. *Hans Otto.

MOHRBUTTER, Jürgen: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1965.

NEUMANN-DUESBERG, Horst: Zwangsvollstreckung zur Erwirkung positiver Handlungen analog § 890 ZPO, NJW 1964, 748 ff.

OERTMANN, Paul: Anmerkung, JW 1922, 1047 f.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Danckelmann, Degenhart, Heinrichs, Keidel, Lauterbach, Putzo und Thomas, 29. Aufl., München 1970.

PASTOR, Wilhelm L.: Wettbewerbliche Unterlassungsvollstrekkung und die Strafe aus § 890 ZPO, Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymann Verlag, S.427 ff, Köln, Berlin, Bonn, München 1966.

PETERMANN, Gerhard: Fragen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen, Rpfleger 1959, 309 ff.

PIKART-HENN: Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.

PLANCK, Julius Wilhelm: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 2. Band, Besonderer Teil, München 1896.

RECKEN V.u.: Die Fassung des Urteilstenors und die Zwangsvollstreckung bei der Verurteilung des Geschäftsherrn nach § 13 Abs. 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1914, 141 f.

REIMER, Eduard: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 3. Aufl., Köln, Berlin 1954.

RGR-KOMMENTAR: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, II.Band, 2. Teil, bearbeitet von Fischer, Haager, Kreft, Kuhn, Scheffler, 11. Aufl., Berlin 1960.

ROSENBERG, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961.

ROSENTHAL, Alfred: Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1930.

ROSPATI V.u.: Zur Voraussetzung einer Strafverhängung aus § 890 CPO, JW 1900, 892 f.

RÖTELMANN, V.u.: Anmerkung, NJW 1959, 1691.

SCANZONI V.u.: Anmerkung, JW 1926, 850.

SCHÄFER, K., V.u.: Anmerkung, JW 1935, 1346.

SCHAPER, Philipp: Die Zulässigkeit der Kriminalstrafe neben der Strafe des § 890 ZPO, NJW 1963, 1764 ff.

SCHLEGELBERGER, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Band, 7. Aufl., Köln, Berlin 1956.

SCHÖNKE-BAUR: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Lehrbuch, 8. Aufl., Karlsruhe 1969.

SCHRÖDER, Heinje: Strafandrohung nach § 890 ZPO im Prozeßvergleich, NJW 1969 1285 f.

SCHULZ, Ekkehard: Die Zulässigkeit der Kriminalstrafe neben der Strafe des § 890 ZPO, NJW 1963, 1095 ff.

SCHULTZ, Rudolf: Anmerkung, JW 1931, 3569 f.

SCHULTZENSTEIN, V.u.: Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit, ZZP 35 (1906), 475 ff.

SCHWARZ-DREHER: Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 30. Aufl., München 1968.

SEUFFERT, Lothar: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 11. Aufl., München 1911.

SEUFFERT-WALSMANN: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 12. Aufl., München 1933.

SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 2, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.

STEIN, Friedrich: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Aufl., Tübingen 1924.

STEIN-JONAS: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II, 10. Lieferung, §§ 722 - 794, bearbeitet von Münzberg, 19. Aufl., Tübingen 1970.

STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II, §§ 511 - 1048, 18. Aufl., Tübingen 1956.

SYDOW-BUSCH: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar, 2. Band, 20. Aufl., Berlin, Leipzig 1930.

TETZNER, Heinrich: Rechtsprechungsberichte, JZ 1964, 414 ff.

TETZNER, Heinrich: Rabattgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1963.

TETZNER, Heinrich: Der Strafandrohungsbeschluß bei gerichtlichen Vergleichen, GRUR 1960, 68 ff.

THEUERKAUF, Horst: Die Anwendbarkeit straf- und strafprozeßrechtlicher Vorschriften auf das Verfahren nach § 890 ZPO, MDR 1963, 552 ff.

THEUERKAUF, Horst: Der Einfluß des Strafverfahrens auf das Verfahren nach § 890 ZPO, ZZP 77 (1964), 298 ff.

THEUERKAUF, Horst: Zur Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs aus § 13 Abs. 3 UWG (§ 12 Abs. 2 RabattG), Der Betrieb 1965, 429 ff.

THEUERKAUF, Horst: Schuldner und Dritte im Verfahren nach § 890 ZPO, ZZP 78 (1965), 215 ff.

THEUERKAUF, Horst: Die Rechtsstellung des Minderjährigen im Verfahren nach § 890 ZPO, FamRZ 1964, 487 ff.

THOMAS-PUTZO: Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., München 1968.

WARNEYER, Otto: Die Zivilprozeßordnung, Kommentar, 7. Aufl., Berlin 1937.

WEINKAUFF, V.u.: Anmerkung SJZ 1948, 539 f.

WEISMANN, Jakob: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Band, Stuttgart 1905.

WELZEL, Hans: Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 10. Aufl., Berlin 1967.

WIECZOREK, Bernhard: Zivilprozeßordnung, Kommentar, Berlin 1958.

WOLFHAGEN, V.u.: Anmerkung, JW 1933, 1898 f.

ZEUNER, Albrecht: Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S. 295 ff.

ZEUNER, Albrecht: Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.

ZÖLLER, Richard: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 10. Aufl., München 1968.

§ 1

Einleitung

I. Das vom Gesetzgeber nur unvollkommen geregelte und das dogmatisch bisher nur vereinzelt behandelte Vollstreckungsverfahren nach §§ 888 und 890 ZPO bietet eine Fülle von Einzelproblemen, die trotz einer umfangreichen Rechtsprechung nicht alle als endgültig geklärt gelten können. Die Tatsache, daß in den letzten Jahren einige Abhandlungen zu diesen Problemen ergangen sind [1], läßt jedoch erwarten, daß in Zukunft auch dieser Fragenkreis mehr Beachtung und eine eingehende dogmatische Bearbeitung finden wird. Diesem Zweck soll auch die vorliegende Arbeit dienen, die sich in erster Linie mit dem Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO beschäftigen und auf die Strafe des § 888 ZPO nur in einigen wenigen Punkten eingehen wird.

Die Arbeit muß damit beginnen, das Wesen und den Zweck der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO zu bestimmen. Die Frage nach der Funktion dieser Strafe ist nicht eine theoretische und begriffliche Spielerei, sondern Ausgangspunkt für die Lösung zahlreicher Einzelprobleme. Das soll an einigen Beispielen gezeigt werden:

1. Besondere Schwierigkeiten bietet bei der Anwendung des § 890 ZPO der Vollstreckungstitel, der dem Vollstreckungsschuldner die Duldung oder Unterlassung einer e i n m a l i -

---

1) Göppinger, NJW 1967, 177 ff; Meyer, MDR 1956, 577 f; Mohr, Dissertation, Frankfurt 1958; Lüke, JZ 1959, 369 ff; Lüke-Bähr, JuS 1963, 283 ff; Pastor, Recht im Wandel, S. 427 ff; Schulz, NJW 1963, 1095 f; Schaper, NJW 1963, 1764 ff; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff; Theuerkauf, ZZP 77 (1964), 298 ff; Theuerkauf, Betrieb 1965, 429 ff; Theuerkauf, ZZP 78 (1965), 215 ff; Theuerkauf, FamRZ 1964, 487 ff.

g e n H a n d l u n g aufgibt. Es sei folgendes Beispiel aus der eigenen Praxis des Verfassers angeführt [2]:

> Eine bekannte deutsche Illustrierte kündigt für ihre nächste, eine Woche später erscheinende Auflage einen ehrenrührigen und durch die Pressefreiheit nicht mehr gerechtfertigten Artikel über eine Privatperson an; diese erwirkt gegen den Verlag eine einstweilige Verfügung, in der dem Verlag bei Strafandrohung untersagt wird, den angekündigten Artikel zu veröffentlichen. In der folgenden Wochenausgabe erscheint der Artikel trotz des gerichtlichen Verbots; der Betroffene stellt Strafantrag nach § 890 ZPO.
>
> Ein anderes Beispiel:
>
> Ein Grundstückseigentümer beabsichtigt, eine in seinem und des angrenzenden Nachbarn Miteigentum stehende Grenzmauer abzureißen. Der Nachbar ist hiermit nicht einverstanden und erwirkt ein Unterlassungsurteil mit Strafandrohung. Der Beklagte reißt die Mauer trotz des Urteils ab, worauf der Kläger beantragt, eine Strafe festzusetzen.

In diesen Fällen der Verpflichtung zur Unterlassung einer ihrem Wesen nach nur einmal möglichen Handlung ist, wenn der Schuldner trotz des gerichtlichen Verbots die ihm untersagte Handlung vornimmt, eine weitere Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Verbot nicht mehr möglich, da der rechtswidrige Zustand endgültig herbeigeführt ist. Die Frage, ob der ungehorsame Schuldner bestraft werden darf, kann je nach der Auffassung vom Zweck der Strafe verschieden beantwortet werden.

Definiert man die Strafe des § 890 ZPO als Kriminalstrafe, kriminalähnliche Strafe oder als Ordnungsstrafe, so erscheint die Festsetzung einer Strafe wegen des begangenen Unrechts zulässig, obwohl eine Zwangsvollstreckung in dem Sinne, daß der Schuldner durch eine Willensbeugung von weiteren Zuwiderhandlungen abgehalten wird, nicht mehr möglich ist. Versteht man dagegen die Strafe des § 890 ZPO ausschließlich oder primär als Beugemittel und als Vollstreckungsmaßnahme, so können Bedenken gegen die Zulässigkeit der Straffestsetzung bestehen, da nach der Zuwiderhandlung des Schuldners (im Falle der Verpflichtung zur Unterlassung) bzw. nach Vornahme der Handlung

---

2) LG Saarbrücken 6 Q 13/64.

durch den Gläubiger (im Falle der Verpflichtung zu einer Duldung) eine weitere Zuwiderhandlung des Schuldners gegen das richterliche Ge- oder Verbot begrifflich nicht möglich ist, eine Willensbeugung beim Schuldner also nicht mehr in Betracht kommen kann.

2. Ähnlich ist die Sachlage beim b e f r i s t e t e n V e r b o t , zum Beispiel im folgenden Fall:

> Über ein streitiges Rechtsverhältnis schwebt zwischen den Parteien ein Zivilprozeß. Wegen besonderer Gefährdung des streitigen Rechts erwirkt der Kläger gegen den Beklagten während des Prozesses eine einstweilige Verfügung, mit der dem Beklagten unter Strafandrohung bis zur endgültigen Erledigung des Hauptprozesses untersagt wird, eine bestimmte Handlung, die das den Streitgegenstand des Hauptprozesses bildende Recht verletzen könnte, vorzunehmen. Der Beklagte handelt der einstweiligen Verfügung zuwider, der Kläger stellt Strafantrag; bevor hierüber entschieden wird, wird der Hauptprozeß endgültig erledigt.
>
> Ein anderes Beispiel:
>
> Einer Baufirma wird in einer einstweiligen Verfügung unter Strafandrohung untersagt, während der Osterfeiertage bestimmte mit Lärm verbundene Bauarbeiten durchzuführen. Die Firma hält sich nicht hieran. Nach den Feiertagen stellt der Unterlassungsgläubiger Strafantrag.

In diesen Fällen des befristeten Verbots [3] stellt sich die Frage, ob eine Straffestsetzung zulässig ist, wenn vor dem Ablauf der Frist eine Zuwiderhandlung erfolgt, die Frist aber vor der Entscheidung über den Strafantrag abgelaufen ist. Ist die Strafe des § 890 ZPO als Kriminalstrafe oder als kriminalähnliche Strafe zu qualifizieren mit dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen, so bestehen keine Bedenken gegen eine Straffestsetzung, da die begangene "Straftat" eine Bestrafung fordert, gleichgültig, ob die Strafe aus vollstreckungsrechtlicher Sicht noch einen Sinn hat. Zweifelhaft wird es aber, wenn man mehr auf den Beugezweck der Strafe abstellt.

---

3) Ähnliche Fälle lassen sich auch bei einem Duldungsanspruch bilden; dem Schuldner wird etwa aufgegeben, während eines bestimmten Zeitraums gewisse Handlungen des Gläubigers zu dulden.

3. Nicht minder schwierig sind die Fälle zu entscheiden, in denen der Vollstreckungstitel, der dem Schuldner die Unterlassung oder Duldung einer Handlung aufgibt, aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen g e g e n s t a n d s l o s wird.

Auch hier seien zum besseren Verständnis einige praktische Beispiele angeführt:

Ein Fall, den das KG zu entscheiden hatte [4]:

A betreibt eine Gastwirtschaft; B verteilt auf der Straße an Passanten Zettel zur Boykottierung des Lokals des A. A erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung, verbunden mit einer Strafandrohung. B verstößt gegen das Verbot; bevor es zu einer Straffestsetzung kommt, gibt A das Lokal auf.

Interessant ist auch folgende Entscheidung des AmtsG Bensberg [5]:

Ein schwachsinniges Mädchen ist in einem Heim untergebracht. Der Antragsgegner versucht, das Mädchen aus dem Heim zu entführen. Der Pfleger erwirkt gegen ihn eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung. Danach gelingt es dem Antragsgegner, das Mädchen aus dem Heim zu entführen. Der Pfleger bringt das Mädchen in das Heim zurück, der Antragsgegner entführt es wiederum. Der Pfleger stellt Strafantrag nach § 890 ZPO. Die Heimleitung lehnt eine nochmalige Aufnahme des Mädchens wegen der Vorfälle ab.

Auch in diesen Fällen hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Bestrafung trotz der veränderten Umstände zulässig ist, von dem Zweck der Strafe des § 890 ZPO ab.

Eine Abwandlung der genannten Beispiele offenbart ein weiteres Problem. Wenn der Gastwirt ein anderes Lokal eröffnet und auch dort B versucht, ihn zu boykottieren, oder wenn das Mädchen in einem anderen Heim untergebracht und es auch aus diesem Heim entführt wird, ergibt sich die Frage, ob der Schuldner nach § 890 ZPO auf Grund des früheren Vollstreckungstitels bestraft werden kann oder ob der Berechtigte einen neuen Titel erstreiten muß, weil veränderte Umstände vorliegen.

---

4) OLGE 17, 343 ff.

5) JMBlNRW 1958, 247; hierzu Lüke, JZ 1959, 369 ff.

4. Die bisher angeführten Beispiele und die hierbei auftauchenden Probleme betrafen ausschließlich das Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO. Eine Durchsicht der Rechtsprechung erweckt den Eindruck, als biete die Bestimmung des § 888 ZPO demgegenüber geringere Schwierigkeiten. Aber auch dieses Verfahren hat die Gerichte gelegentlich vor Probleme gestellt, die nicht immer überzeugend gelöst wurden. Als Beispiel sei die Vollstreckung von D a u e r v e r p f l i c h t u n g e n herausgegriffen.

Hierzu ein vom OLG Hamm entschiedener Fall [6]:

> Ein Mieter in einem Haus mit Sammelheizung erwirkt gegen den Vermieter eine einstweilige Verfügung, in der diesem unter Strafandrohung aufgegeben wird, die Wohnung des Mieters in der Zeit vom 1. November bis 31. März tagsüber von 8 bis 22 Uhr mit mindestens 20° Celsius zu beheizen. Der Vermieter kommt trotz des gerichtlichen Gebots seiner Verpflichtung nicht nach.

Wie hat nun die Zwangsvollstreckung zu erfolgen? Dem Schuldner (Vermieter) obliegt eine Dauerverpflichtung; sein Wille kann nicht durch einmaligen Zwang ein für allemal überwunden und die geschuldete Leistung endgültig herbeigeführt werden [7]. Die Verpflichtung erstreckt sich vielmehr über einen längeren Zeitraum, in dem Beispiel über die gesamte Heizperiode. Nach herrschender Lehre ist die Strafe des § 888 ZPO eine reine Beugestrafe; eine Straffestsetzung oder Strafvollstreckung kann jederzeit durch Erfüllung der Verpflichtung abgewendet werden. In dem angeführten Beispiel könnte also der Vermieter, wenn er seiner Pflicht zum ordnungsgemäßen Beheizen trotz des gerichtlichen Gebots nicht nachgekommen ist und der Mieter Strafantrag gestellt hat, die Straffestsetzung vermeiden, indem er nunmehr die Räume richtig beheizt. Ist bereits eine Strafe festgesetzt worden, so dürfte diese nicht vollstreckt werden. Kommt der Vermieter dann wiederum seiner Verpflichtung zum Beheizen nicht nach und stellt der Mieter abermals Strafantrag, so könnte der Vermieter erneut eine Bestra-

---

6) JMBlNRW 1962, 196.

7) Nach richtiger, wenn auch bestrittener, Ansicht handelt es sich um eine unvertretbare, nicht um eine vertretbare Handlung, so daß § 888 ZPO anzuwenden ist und eine Ersatzvornahme nach § 887 ZPO ausscheidet. Vgl. hierzu auch OLG Hamm aaO.

fung verhindern, indem er vorübergehend ordnungsgemäß heizt und dies dem Gericht nachweist. Auf diese Weise könnte der Vermieter ständig seine Verpflichtung aus dem Mietvertrag verletzen, ohne daß gegen ihn auch nur einmal eine Bestrafung nach § 888 ZPO durchge-führt werden könnte.

5. Bestritten ist, ob die Straffestsetzung nach § 890 ZPO voraussetzt, daß den Schuldner an der begangenen Zuwiderhandlung ein V e r s c h u l d e n trifft. Wird das Erfordernis eines Verschuldens bejaht, so stellt sich die Frage, ob dem Schuldner die von einem Dritten, etwa von einem Angestellten, schuldhaft begangene Zuwiderhandlung objektiv und subjektiv zugerechnet werden kann, auch wenn ihm bei der Auswahl oder Überwachung seines Hilfspersonals keine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden kann. Man könnte an eine entsprechende Anwendung des § 278 oder § 831 BGB denken.

Mit diesen Problemen mußte sich die Rechtsprechung in letzter Zeit in besonderem Maße im Rahmen des § 13 Abs. 3 UWG beschäftigen. Nach dieser Bestimmung besteht gegen den Innaber eines Betriebes ein Unterlassungsanspruch, auch wenn nicht er, sondern seine Angestellten oder Beauftragten Handlungen vornehmen, die nach den Vorschriften des UWG unzulässig sind. Dem Mitbewerber wird nach der Rechtsprechung die Unterlassungsklage ohne Rücksicht darauf gegeben, ob der Inhaber von den Handlungen seiner Angestellten Kenntnis gehabt hat oder hätte haben müssen, und ohne ihm die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises einzuräumen [8]. Fraglich ist, ob § 13 Abs. 3 UWG auch für das Vollstreckungsverfahren Bedeutung hat, also dann, wenn gegen den Betriebsinhaber ein Unterlassungstitel ergangen ist und danach seine Angestellten die verbotene Handlung vornehmen. Kann gegen den Inhaber eine Strafe festgesetzt werden, auch wenn ihm ein Verschulden nicht nachzuweisen ist? Fordert man ein eigenes Verschulden des Inhabers, so hat das unter Umständen zur Folge, daß das materielle Recht dem Gläubiger einen Anspruch gewährt, der mit den Mitteln der ZPO nicht vollstreckt

---

8) RGZ 116, 28 ff (33); BGH GRUR 1955, 411 ff (414).

werden kann [9]. Für die Lösung dieser Fragen kann die Funktion der Strafe nicht unerheblich sein.

II. Die angeführten Beispiele lassen erkennen, daß eine grundsätzliche Stellungnahme zu der Funktion der Strafe der §§ 888, 890 ZPO unumgänglich ist [10]. Das ist keine begriffsjuristisch orientierte Fragestellung, wenn auch gelegentlich dieser Vorwurf erhoben wird [11]. A d o m e i t wirft dem BVerfG, das aus dem Wesen der Bestrafung nach § 890 Abs. 1 ZPO die Anwendbarkeit des culpa-Grundsatzes zu deduzieren sucht, vor, das Gericht bleibe mit seinen Erwägungen "auf einer Abstraktionshöhe, die keinen Zugang zu den konkreten kollidierenden Interessen" ermögliche, eine solche Begründungsweise sei formal und begriffsjuristisch; statt der begriffsjuristischen Einordnungsfrage müsse die pragmatische Frage nach den Folgen an den Anfang gestellt werden; es müsse daher zum Beispiel nach der ratio des § 13 Abs. 3 UWG gefragt werden. B a u r meint, die Frage nach der Natur der Straffestsetzung und die Ausrichtung der Lösung von Einzelproblemen nach dem Strafzweck stellten eine rein begriffliche Argumentation dar, die nach den Ergebnissen, zu denen sie gelange, auf ihre Berechtigung hin überprüft werden müsse.

Die gesetzliche Regelung der §§ 888, 890 ZPO ist - wie noch zu zeigen sein wird - lückenhaft und unvollkommen. Die Lücken können nicht allein durch die Frage nach dem Strafzweck ausgefüllt werden; eine solche Methode würde sich tatsächlich dem Vorwurf der Begriffsjurisprudenz aussetzen. Wollte man aus dem Strafzweck schematisch Schlüsse ziehen, so würde man einer Illusion erliegen, nämlich der Illusion, daß man im Wege begrifflicher Einordnung ohne zusätzliche Kontrolle vom Ergebnis her zu sachangemessenen Schlußfolgerungen gelangen könne. A d o m e i t weist insoweit zu Recht daraufhin, daß begriffliche

---

9) Vgl.hierzu OLG Celle NJW 1959, 1691 f, mit zustimmender Anmerkung von Rötelmann; OLG München NJW 1963, 1410 ff; OLG Celle NJW 1964, 163 f.

10) In der Methode ebenso Lüke aaO; BVerfG NJW 1967, 195 f.

11) Baur, Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, S.41; Adomeit, NJW 1967, 1994 ff.

Einordnungen logisch beliebig sind und noch nicht ein gerechtes Ergebnis garantieren. Tatsächlich besteht - wie A d o m e i t ausführt - bei einer begrifflichen Einordnung und Deduktion die Gefahr, daß man zum Gefangenen seiner eigenen, ursprünglich frei geschaffenen Begriffe werden kann. Deshalb soll die begriffliche Einordnung keineswegs derart festlegen, daß bei neu auftauchenden Fragen allein aus der Einordnung ohne erneute pragmatische Prüfung normative Schlüsse zu ziehen sind; würde die erstmalige begriffliche Einordnung solche Schlüsse implizieren, so dürfte sie überhaupt nicht erfolgen, weil ihre Konsequenzen für den Einordnenden unabsehbar wären und von ihm nicht verantwortet werden könnten [12].

Die aus der Einordnung der Strafe folgenden Grundsätze müssen deshalb vom Ergebnis her im Einzelfall überprüft werden; die Lösung der einzelnen Fragen muß sich auch an den Interessen der Beteiligten und an den praktischen Bedürfnissen orientieren [13]. Die Interessenabwägung kann aber - insoweit muß A d o m e i t widersprochen werden - nicht die grundsätzliche Frage nach dem Zweck der in § 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen entbehrlich machen. Weder begriffliche Deduktion noch Interessenabwägung kann allein entscheidend sein; sie müssen sich gegenseitig ergänzen.

Die Frage nach dem Zweck dieser Maßnahmen muß daher die primäre Frage sein. Natürlich wird nicht die Lösung eines jeden Einzelproblems von der Einordnung der Strafe abhängen,

---

12) Adomeit aaO.

13) Das tun auch Lüke-Bähr, denen Baur eine rein begriffliche Argumentation vorwirft. So erklärt Lüke (JZ 1959, 369 ff) ausdrücklich, mit der Feststellung von der Doppelfunktion der Strafen der §§ 888, 890 ZPO begännen erst die praktischen Schwierigkeiten. Wörtlich führt Lüke aus: "Es hieße der Auffassung von der Doppelfunktion der Strafe einen schlechten Dienst erweisen, wolle man aus der Doppelnatur der Strafe schematisch Schlüsse ziehen." Im Anschluß hieran untersucht Lüke an Hand von Einzelproblemen die Praktikabilität des Grundsatzes von der Doppelfunktion der Strafe.

so sicherlich nicht die Beantwortung der umstrittenen Frage, ob im Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO vor dem Landgericht Anwaltszwang besteht oder nicht [14]. Bei manchen Fragen wird aber die Einordnung unabdingbare Voraussetzung für eine sachgerechte Lösung sein, beispielsweise in dem Falle, in dem der Gläubiger den Strafantrag nach § 890 ZPO stellt, obwohl der Vollstreckungstitel nach Begehung der Zuwiderhandlung durch den Schuldner vom Berufungsgericht aufgehoben worden ist. Die Lösung solcher Probleme kann nicht allein von einer Interessenabwägung bestimmt werden, hier kommt der begrifflichen Einordnung eine wesentliche Bedeutung zu.

---

[14] Vgl. hierzu OLG Hamm NJW 1970, 903 f.

1. Abschnitt

Die Bedeutung der in §§ 888 und 890 ZPO vorgesehenen Zwangsmaßnahmen

In jedem Lehrbuch oder Kommentar zum Zwangsvollstreckungsrecht läßt sich eine Stellungnahme zur Funktion der Strafen der §§ 888, 890 ZPO finden. Eine eingehende Begründung der jeweils vertretenen Meinung, insbesondere der allgemein vorgenommenen Differenzierung zwischen den Maßnahmen des § 888 und denjenigen des § 890 ZPO, wird nur selten gegeben. Im folgenden sollen die in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansichten zusammengestellt und im einzelnen gewürdigt werden. Sodann wird versucht werden, eine eigene Lösung zu entwickeln.

§ 2

Die zur Funktion der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO vertretenen Meinungen

I. Die Strafe des § 888 ZPO

Die Strafe des § 888 ZPO wird von Lehre und Rechtsprechung fast einstimmig als reine Beugemaßnahme ohne jeglichen Strafzweck und ohne jedes Merkmal einer Kriminal- oder Ordnungsstrafe definiert [1].

---

1) Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 3 B; Bendix, JW 1923, 364 f; Blomeyer, S.158; Bettermann, DVBl. 1969, 120 f, 121; Bruns, S. 208; Bull, Prozeßhilfen, S. 121; Bull, Prozeßkunst, S.19 ff; De Boor-Erkel, S.103; Falkmann-Mugdan, S.945 und 946; Förster-Kann, § 888 Anm.2 g; Goldschmidt, S.416; Hoche, S. 172; Kleist, JW 1911, 205; Kuhnt, DR 1941, 2370; Lent-Jauernig, S. 91; Meyer, MDR 1956, 577; Mohr, S.13; Mohrbutter, S.248; Neumann-Duesberg, NJW 1964, 752; Planck, S.791; Rosenberg, S. 1079; Schultzenstein, ZZP 35, 490; Schönke-Baur, S.165; Seufiert-Walsmann, § 888 Anm. 1 c und d; Stein, S. 404; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 888 Anm. II; Sydow-Busch, § 888 Anm. 6; Thomas-Putzo, § 888 Anm.3 b; Weismann, S. 225; Wieczorek, § 888 Anm. A; Zöller, § 888 Anm. 1;

RGZ 53, 183; RGZ 115, 84 ff; LG Berlin NJW 1959, 53; LG Bonn MDR 1965, 304; OLG Frankfurt NJW 1953, 1029; OLG München OLGE 40, 199; KG OLGE 17, 343 ff; KG HRR 1931, Nr. 1711; OLG Schleswig SchlHA 1949, 86; OLG Hamm JZ 1959, 413.

Nur vereinzelt werden dieser Ansicht Bedenken geltend gemacht. So vertritt L ü k e [2] die Ansicht, daß die Strafe des § 888 ZPO ebenso wie die des § 890 ZPO Beugemaßnahme und Ordnungsstrafe zugleich sei, also eine Doppelfunktion habe. Auch O e r t m a n n [3] bezeichnet die Strafe des § 890 ZPO als Ordnungsstrafe. S c h u l t z [4] behandelt die Strafe des § 888 ZPO nicht anders als die des § 890 ZPO, wobei nicht klar zu erkennen ist, ob er auf einen Strafzweck ganz verzichtet oder einen solchen bei beiden Strafen annehmen will. S e u f f e r t [5] versteht die Geldstrafe des § 888 ZPO als Ordnungsstrafe, die Haft dagegen als Zwangsmittel.

II. Die Strafe des § 890 ZPO

Weit differenzierter sind die zur Funktion der Strafe des § 890 ZPO in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansichten. Beim Durcharbeiten der Literatur und der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen fällt die verwirrende und kaum noch zu überblickende Fülle der gebrauchten Begriffe und Begriffskombinationen auf, mit denen versucht wird, das Wesen der Strafe des § 890 ZPO näher zu bestimmen. So wird die Strafe bezeichnet als "wirkliche Strafe" [6], als "echte Rechtsstrafe" [7], als "eigentliche Strafe" [8], als "echte Strafe" [9] oder als "Rechtsstrafe" [10].

---

2) JZ 1959, 369 ff (369).

3) JW 1922, 1047 f.

4) JW 1931, 3569.

5) § 888 Anm. 1 c und 1 d.

6) RGZ 77, 217 ff (222); KG OLGE 17, 343; KG OLGE 20, 370; OLG Celle NJW 1959, 1691, = Der Betrieb 1959, 883; RGZ 36, 417; RGZ 115, 84; und andere.

7) LG Essen MDR 1956, 492; LG Berlin NJW 1959, 53; LG Traunstein MDR 1963, 57; Scanzoni, JW 1926, 850; Mohrbutter, S. 251.

8) RGZ 53, 183.

9) De Boor - Erkel, S. 104; Wieczorek, § 890 Anm. D.

10) OLG München OLGE 40, 415.

Prädikate wie "wirklich", "echt" und "eigentlich" muten wenig juristisch an. Der Begriff der S t r a f e ist in sich schon nicht eindeutig, sonst wäre der Rechtswissenschaft diese Streitfrage erspart geblieben. Der Begriff der Strafe wird aber keineswegs dadurch näher bestimmt, daß man die oben angeführten untechnischen Attribute hinzufügt. Mit solchen Definitionsversuchen ist nichts gewonnen; denn wieso eine Strafe, die in einem Verfahrensgesetz festgelegt ist, nicht wirklich, nicht echt, nicht eigentlich und keine Rechtsstrafe sein soll, bleibt unklar. Wenn schließlich sogar noch von "echter Rechtsstrafe" gesprochen wird, so wird dieser Begriff zu anderen Rechtsstrafen in einen antithetischen Gegensatz [11] gebracht. Demnach müßte es echte Rechtsstrafen und unechte Rechtsstrafen geben; was dieser Gegensatz bedeuten soll, ist nicht ersichtlich; jede Strafe, die in einem ordnungsgemäß zustandegekommenen Gesetz statuiert ist, ist eine "Rechtsstrafe".

Weiterhin wird die Strafe des § 890 ZPO als "öffentliche Strafe" [12], als "Justizverwaltungs-" bzw. "Amtsstrafe" [13] und als "Verwaltungsstrafe" [14] bezeichnet. Auch diese Definitionsversuche können nicht überzeugen. Der Begriff "öffentlich " steht im Gegensatz zu "privat"; wenn die Strafe des § 890 ZPO "öffentliche Strafe" genannt wird, müßte sie damit in einen Gegensatz zur "privaten Strafe" gesetzt werden. Was aber ist eine private Strafe? Sollte damit die Vertragsstrafe gemeint sein, so ist mit der Aussage, daß die Strafe des § 890 ZPO keine Vertragsstrafe sei, wenig gewonnen. Nicht viel besser steht es mit den Begriffen "Verwaltungsstrafe" und "Justizverwaltungsstrafe".

---

11) Pastor, Recht im Wandel, S. 435.

12) KG JW 1939, 316 f; OLG Bremen JR 1965, 24; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 2 A.

13) Goldschmidt, S. 418.

14) Bruns, S.210, der aber in erster Linie den Begriff "Ungehorsamsstrafe" gebraucht; Hoche, S.172, der daneben andere Begriffe wie "Ungehorsamsstrafe" und "Rechtsstrafe" nennt; Thomas-Putzo, § 890 Anm. 3 c; Rosenberg S. 1084.

Diese Begriffe sind ebenfalls auslegungsbedürftig; es wird daher lediglich ein mehrdeutiger Begriff durch einen anderen ebenfalls auslegungsbedürftigen ersetzt. Der Sinn des Begriffs "Amtsstrafe" bleibt dem Leser völlig verborgen. Sollte damit gesagt werden, daß das Strafverfahren des § 890 ZPO der Initiative des Gläubigers entzogen sei, so ist das falsch, wie schon daraus hervorgeht, daß ein Antrag des Gläubigers erforderlich ist.

Eindeutiger sind dagegen die Bezeichnungen "Kriminalstrafe" [15], "echte kriminelle Sühne" [16], "strafrechtliche Strafe" [17] und "Ordnungsstrafe wegen Ungehorsams" [18].

Die Reihe dieser Begriffe und Definitionen mit immer neuen Varianten ließe sich beliebig fortsetzen. So wird davon gesprochen, daß die Strafe des § 890 ZPO der "Kriminalstrafe vergleichbar" [19] sei und "der Kriminalstrafe außerordentlich nahe stehe" [20], daß sie "der Verbrechensstrafe gleichwertig" [21] sei und daß sie "eine Ungehorsamsstrafe" [22] darstelle oder daß sie "Beuge- und Sühnecharakter" [23] habe. Vielfach versucht man, das Wesen der Strafe des § 890 ZPO negativ zu bestimmen, indem man sagt, was die Strafe nicht ist; so: "keine zivil-

---

15) OLG Stuttgart MDR 1962, 995; KG HRR 1931, Nr.1711; OLG Frankfurt Rpfleger 1954, 46 f, = ZZP 67, 70.

16) OLG Hamburg LZ 1928, 575.

17) OLG Düsseldorf NJW 1955, 506, = MDR 1955, 300, = JMBlNRW 1955, 57; OLG Frankfurt NJW 1958, 2021, = BB 1959, 462; OLG München NJW 1960, 1726.

18) Oertmann, JW 1922, 1047; Seuffert-Walsmann, § 890 Anm. 2 b.

19) OLG Frankfurt Rpfleger 1954, 146.

20) KG JW 1929, 2617.

21) OLG Breslau OLGE 6, 142.

22) Hoche, S. 172; Bruns, S. 210.

23) Mohrbutter, S. 251.

prozessuale Vollstreckungsmaßregel" [24], "nicht Beugemittel" [25], "nicht selbst Mittel der Zwangsvollstreckung" [26] und "überhaupt kein Mittel der Zwangsvollstreckung" [27].

Es zeigt sich also, daß die rechtliche Einordnung der Strafe des § 890 ZPO keinesfalls geklärt ist. Durch die angeführten Beispiele wird deutlich, daß die Einordnung durch den vielfach geübten Gebrauch allgemeiner, untechnischer, mehrdeutiger und in sich auslegungsbedürftiger Begriffe verwirrt und erschwert wird.

Versucht man, die außerordentlich vielfältigen Meinungen zu ordnen, so kann man, wenn man auf feinere Nuancierungen verzichtet, folgende Gruppen bilden:

1. Die rein vollstreckungsrechtliche Lösung

Die eine extreme Meinung kann man als die r e i n v o l l s t r e c k u n g s r e c h t l i c h e Lösung bezeichnen, weil sie versucht, die Strafe als ausschließlich zivilprozessuale, nämlich als vollstreckungsrechtliche Maßnahme zu definieren.

Diese Ansicht wird selten vertreten, so von S c h u l t z [28], von W e i s m a n n [29], wohl auch von W a r n e y e r [30], vom K a m m e r g e r i c h t in einigen wenigen Entscheidungen [31], von R o s p a t i [32], auch eine Entscheidung des R e i c h s g e r i c h t s scheint dieser

---

24) RGZ 38, 423 f (424).
25) OLG Frankfurt MDR 1962, 488, = WRP 1962, 101; LG Berlin NJW 1959, 53.
26) OLG Köln JW 1931, 3569 f.
27) OLG München NJW 1960, 1727.
28) JW 1931, 3569 f.
29) S. 226, Fußnote 5.
30) § 890 Anm. 1.
31) OLGE 1, 91 ff; OLGE 33, 127.
32) JW 1900, 892 f.

Ansicht zuzuneigen [33], de lege ferenda von W i e c z o r e k [34] und schließlich von P a s t o r mit sehr ausführlicher Begründung [35].

Danach wird die Strafe des § 890 ZPO ebenso behandelt wie die des § 888 ZPO, nämlich als reines Zwangs- und Beugemittel, allein dazu bestimmt, den Willen des Schuldners zu beugen, damit er künftig weitere Zuwiderhandlungen gegen das gerichtliche Ge- oder Verbot unterlasse. Das Verfahren nach §§ 888, 890 ZPO wird ausschließlich als eine Art mittelbarer Zwangsvollstreckung angesehen, weil eine unmittelbare Vollstreckung im Wege einer direkten Herbeiführung der Anspruchserfüllung durch staatlichen Zwang, wie er etwa bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung möglich und gesetzlich vorgeschrieben ist, ausgeschlossen erscheint. Die Strafe verfolgt nach dieser Ansicht keinerlei sonstige Zwecke, insbesondere will sie nicht die begangene Zuwiderhandlung ahnden, sie stellt keine Sühne, keine strafrechtliche Maßnahme dar.

2. Die strafrechtliche Lösung

Die andere extreme Auffassung kann man die s t r a f r e c h t l i c h e Lösung nennen. Hiernach wird die Strafe des § 890 ZPO als Strafe im Sinne des Strafgesetzbuches behandelt, die ihrem Charakter entsprechend weitgehend nach strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätzen festgesetzt und vollstreckt wird. Der Zweck der Strafe ist Ahndung und Sühne eines begangenen Unrechts, und zwar der Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Ge- und Verbot. Der Zweck der Strafe ist nicht darauf gerichtet, den Willen des Schuldners für die Zukunft zu beugen und den Schuldner von weiteren Zuwiderhandlungen abzuhalten. Die Strafe ist nicht auf die Zukunft, auf weitere mögliche Zuwiderhandlungen, sondern allein oder hauptsächlich

---

33) RGZ 43, 396 ff.
34) § 890 Anm. D.
35) Recht im Wandel, S. 428 ff.

auf die b e g a n g e n e Zuwiderhandlung bezogen. Deshalb ist die Straffestsetzung in ihrer Zulässigkeit nicht davon abhängig, daß im Zeitpunkt der Festsetzung noch eine weitere Zuwiderhandlung möglich ist.

Allerdings wird gelegentlich davon gesprochen, daß die Strafe auch "vollstreckungsrechtliche Nebenwirkungen" habe; oft wird die Formulierung gebraucht, die Strafe diene der Verhütung künftiger Zuwiderhandlungen nicht anders, als jede Verbrechensstrafe der Verbrechensverhütung diene [36]. So ist nicht immer klar zu erkennen, ob eine Entscheidung oder eine Literaturstelle noch der strafrechtlichen Lösung oder schon der als nächstes zu behandelnden Theorie von der Doppelnatur der Strafe des § 890 ZPO zuzuordnen ist. Insbesondere bei den Entscheidungen des Reichsgerichts ist diese Frage der Einordnung oft schwierig zu beantworten. Während einige Entscheidungen wohl eindeutig erkennen lassen, daß das Reichsgericht der Lehre von der Doppelnatur zuneigte [37], sind andere Entscheidungen wegen der dort gebrauchten Formulierungen doch eher der strafrechtlichen Lösung zuzurechnen [38].

Im einzelnen weichen die Meinungen, insbesondere auch die Formulierungen, voneinander ab.

Von einigen wird die Strafe als "Kriminalstrafe" [39], von anderen als "der Kriminalstrafe gleich" [40] oder als "der Kriminalstrafe nahestehend" [41] bezeichnet.

---

36) OLG Schleswig SchlHA 1949, 86 f; Scanzoni, JW 1926, 850.

37) RGZ 38, 422 ff; SA 75, 311.

38) RGZ 36, 417; 53, 181 ff; 77, 217 ff (222).

39) OLG Stuttgart MDR 1962, 995 f; OLG Frankfurt Rpfleger 1954, 46 f, = ZZP 67, 70.

40) KG HRR 1931 Nr. 1711.

41) KG JW 1929, 2617 f.

Oft wird der Begriff der Kriminalstrafe vermieden und versucht, durch andere Formulierungen das Wesen der Strafe des § 890 ZPO näher zu beschreiben. So wird von "wirklicher Strafe als Sühne für ein begangenes Unrecht" [42], von "strafrechtlicher Strafe" [43] und von "echter Rechtsstrafe" [44] gesprochen. Trotz dieser den Begriff der Kriminalstrafe vermeidenden Formulierungen meint man eine Strafe gleich oder ähnlich der des Strafgesetzbuches.

Die Anhänger der strafrechtlichen Lösung sind zahlreich, insbesondere wird sie auch von vielen Gerichten vertreten [45].

---

42) RGZ 77, 217 ff (222).

43) OLG Düsseldorf JW 1932, 3193.

44) OLG Schleswig SchlHA 1949, 86.

45) RGZ 36, 417; 53, 181 ff; 77, 217 ff (222); KG HRR 1931 Nr.1711; JW 1929, 2617 f; JW 1939, 316 f; JR 1951, 217; OLG Bremen JR 1965, 24 ff; OLG Breslau OLGE 23, 223 f; OLGE 6, 142 f; OLG Düsseldorf JW 1932, 3193; OLG Frankfurt Rpfleger 1954, 45 ff, = ZZP 67, 70; NJW 1953, 1029 f; Rpfleger 1954, 146 f; JW 1935, 1346; OLG Hamm JMBlNRW 1957, 257 ff (258); OLG Köln JMBlNRW 1956, 104 f, = MDR 1956, 493; JW 1931, 3569; OLG München OLGE 17, 199 f; OLG Saarbrücken OLGZ 1968, 302 ff (304); OLG Schleswig SchlHA 1949, 86 f; OLG Stutgart MDR 1958, 523 f; MDR 1962, 995 f; LG Berlin NJW 1959, 53 f; LG Essen MDR 1956, 492; LG München NJW 1961, 1631 ff; AG Siegburg JMBlNRW 1964, 136. Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 2 A; Bull, Prozeßkunst, S. 23; Bull, Prozeßhilfen, S. 121; Bendix, JW 1923, 364 f; Blomeyer, S. 158; Callmann, Der Unlautere Wettbewerb, S. 108; De Boor - Erkel, S. 104; Förster-Kann, § 888 Anm. 2 g und § 890 Anm. 3; Goldschmidt, S. 418; Jonas, JW 1936, 2579; Johannes, NJW 1962, 595 f(595); Lent-Jauernig, S.92; Planck, S. 795; Scanzoni, JW 1926, 850; Schulz, NJW 1963, 1095 f (1096); Seuffert-Walsmann, § 890 Anm. 2 b; Stein, S. 404; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. I; Tetzner, GRUR 1960, 68, Fußnote 1; Wieczorek, § 890 Anm. D.

3. Die Theorie von der Doppelfunktion

Zwischen den dargelegten extremen Meinungen, der rein vollstreckungsrechtlichen und der rein strafrechtlichen Lösung, liegt die Theorie von der Doppelfunktion der Strafe des § 890 ZPO, die man wohl als die h e r r s c h e n d e bezeichnen kann, auch wenn nicht zu verkennen ist, daß die Anhänger der strafrechtlichen Lösung sehr zahlreich sind.

Die Lehre von der Doppelnatur der Strafe des § 890 ZPO unterscheidet sich von der reinen Strafrechtstheorie und der rein vollstreckungsrechtlichen Lösung dadurch, daß sie der Strafe des § 890 ZPO sowohl einen Strafzweck als auch einen vollstreckungsrechtlichen Beugezweck zuspricht. Die Strafe vereint die Wesensmerkmale einer Bestrafung wegen der begangenen Zuwiderhandlung - dient also insoweit der Repression - und die eines vollstreckungsrechtlichen Beugemittels - dient also auch der Prävention. Sie bezweckt Sühne und gleichzeitig Willensbeugung.

Mit dieser Aussage ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Das Problem verlagert sich nur; es geht nun um die Frage, wie der strafrechtliche und der vollstreckungsrechtliche Inhalt oder umgekehrt voneinander abzugrenzen sind. Da es hier keine festen Maßstäbe geben kann, ist der Vielfalt der unterschiedlichen Meinungen keine Grenze gesetzt. Je nachdem, ob der Akzent mehr auf den Strafcharakter oder aber mehr auf das Wesen als Beugemaßnahme gesetzt wird oder ob beide Wesensmerkmale als gleichwertig erachtet werden, und je nachdem, ob der Strafcharakter in der Natur als Ordnungsstrafe, als Kriminalstrafe oder als kriminalähnliche Strafe gesehen wird, ergibt sich wiederum eine Vielzahl von verschiedenartigen Meinungen.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß es ohnehin manchmal schwierig ist, zu erkennen, ob eine Gerichtsentscheidung oder eine Literaturstelle die strafrechtliche Lösung oder die Lehre von der Doppelfunktion der Strafe vertritt,

ob also der Beugezweck nur als eine Nebenwirkung der Bestrafung angesehen wird oder ob der Strafe des § 890 ZPO eine echte Doppelfunktion zugeschrieben wird. Daher kann die Zuordnung zu einer der aufgezeigten Theorien nicht immer mit Sicherheit erfolgen. Mit diesem Vorbehalt können die in der Fußnote [46)] genannten Gerichtsentscheidungen und Autoren als Vertreter der Lehre von der Doppelfunktion der Strafe des § 890 ZPO angesehen werden.

Was das Vernältnis des Strafzwecks und des Beugezwecks zueinander angeht, so wird von einer Mindermeinung die voll-

---

46) BVerfG NJW 1967, 195 ff; BGH NJW 1955, 506 f; NJW 1960, 2332 ff; BGZ 38, 422 ff; SA 75, 311; KG JW 1935, 1346; GRUR 1953, 454 f; OLGE 17, 343 ff; JW 1922, 1047 f; GRUR 1956, 97 f; OLG Breslau OLGE 40, 415 f; OLG Celle NJW 1959, 1691 f; OLG Dresden OLGE 23, 224 f; OLG Düsseldorf OLGE 29, 256 f; NJW 1955, 506 f, = JMBlNRW 1955, 57 f; GRUR 1965, 193 f, = BB 1964, 697; OLG Frankfurt MDR 1962, 488, = WRP 1962, 101; MDR 1956, 361 f; NJW 1958, 2021 ff, = BB 1959, 462; NJW 1962, 542 f; JW 1933, 1898 f; OLG Freiburg NJW 1953, 1718; OLG Hamm NJW 1950, 113; JMBlNRW 1959, 112 f, = JZ 1959, 413; OLG Hamburg LZ 1928, Sp. 575 f; OLG Karlsruhe MDR 1957, 428; NJW 1956, 1077 f, = GRUR 1956, 484; OLG Königsberg OLGE 20, 370; OLG Kassel ZZP 45, 217; OLG München OLGE 40, 415; NJW 1960, 1726 f; NJW 1963, 1410 ff; OLGE 39, 87; OLG Neustadt MDR 1962, 140 f; OLG Naumburg JW 1936, 2578 f; OLG Rostock SA 65, 87 f; OLG Stuttgart Rpfleger 1950, 359; OLG Schleswig SchlHA 1955, 224; LG Bonn MDR 1965, 304; LG Düsseldorf GRUR 1955, 453; LG Münster JMBlNRW 1958, 246; LG Traunstein MDR 1963, 57f; Beier, GRUR 1956, 98 f; Falkmann - Mugdan, S. 956; Freudenthal-Sauerländer, § 890 Anm. 5; Kersten, MDR 1957, 428 f; Kleist, JW 1911, 205 f (206); Kuhnt, DR 1941, 2365 ff (2370); Lüke, JZ 1959, 369 ff; Lüke-Bähr, JuS 1963, 285; Meyer, MDR 1956, 577 f; Mohr, S. 13; Mohrbutter, S. 251; Neumann - Duesberg, NJW 1964, 748 ff (752); Petermann, Rpfleger 1959, 309 ff; Rosenberg, S. 1084; Schäfer, JW 1935, 1346; Schönke-Baur, S. 167; Sydow-Busch, § 890 Anm. 2; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff (552); Thomas-Putzo, § 890 Anm. 3 c; Wolfhagen, JW 1933, 1898f.

streckungsrechtliche Seite stärker betont [47]. Zum überwiegenden Teil wird dagegen der Strafzweck in den Vordergrund gestellt [48].

Was den Charakter des Strafzwecks betrifft, so werden auch hierzu die unterschiedlichsten Meinungen vertreten.

Von einigen wird die Strafe insoweit als Ordnungsstrafe definiert [49], von anderen als Mittel zur Durchsetzung der Autorität gerichtlicher Entscheidungen [50] oder als eine deliktische Strafe für "contempt of court" [51].

Oft wird mit untechnischen Begriffen argumentiert, die in sich schon auslegungsbedürftig und daher unklar sind. So wird gesprochen von "echter Rechtsstrafe" [52], "wirklicher Strafe" [53], "Rechtsstrafe" [54] und "Verwaltungsstrafe" [55].

Weitgehend wird die Strafe des § 890 ZPO jedoch - was den Strafzweck angeht - als Kriminalstrafe oder als kriminalähn-

---

47) So zum Beispiel Lüke aaO; Göppinger, NJW 1967, 177 ff (178); Petermann aaO; Wolfhagen aaO; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff; OLG Stuttgart Rpfleger 1950, 359; OLG Frankfurt JW 1933, 1898 f; OLG Hamm JMBlNRW 1959, 112 f; OLG Düsseldorf GRUR 1965, 193 f.

48) So zum Beispiel KG JW 1935, 1346; OLG Karlsruhe MDR 1957, 428; OLG Frankfurt MDR 1962, 488; OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff; OLG München NJW 1960, 1726, und NJW 1963, 1410 ff; Rosenberg aaO; u.a.

49) Lüke aaO; Neumann-Duesberg aaO; Göppinger aaO.

50) OLG Stuttgart Rpfleger 1950, 359.

51) Meyer, MDR 1956, 577 f.

52) Rosenberg aaO; KG GRUR 1953, 454 f; OLG Frankfurt JW 1933, 1898 f.

53) Callmann aaO; Sydow-Busch aaO; OLG Düsselforf OLGE 29, 256 f; OLG Königsberg OLGE 20, 370.

54) OLG Naumburg JW 1936, 2578 f; OLG München OLGE 40, 415

55) Thomas-Putzo aaO.

liche Strafe behandelt, die insoweit der Sühne dienen und die Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Ge- oder Verbot ahnden soll [56].

Die vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 25. Oktober 1966 [56a] vertretene Auffassung sei hier ausführlicher dargelegt. Das Gericht hatte darüber zu befinden, ob die Bestrafung nach § 890 ZPO bei einer Zuwiderhandlung gegen einen Unterlassungstitel nach § 13 Abs. 3 UWG ein Verschulden des in Anspruch Genommenen voraussetzt. Das Gericht hat hierzu die Meinung vertreten, daß der Grundsatz "nulla poena sine culpa" den Rang eines Verfassungsrechtssatzes habe und eine Bestrafung nach § 890 ZPO dann verbiete, wenn den Schuldner ein Verschulden an der Zuwiderhandlung nicht treffe. Ob diesem Ergebnis zuzustimmen ist, wird an anderer Stelle zu untersuchen sein. Das BVerfG hat aber in seiner Entscheidung Erwägungen über den Strafzweck der Strafe des § 890 ZPO angestellt, die im Zusammenhang mit den vorliegenden Untersuchungen von Interesse sind und die auch Ansatzpunkte zur Kritik bieten.

Das Gericht hat unter anderem ausgeführt: Die Vorschrift des § 890 ZPO enthalte, obwohl sie sich im Abschnitt "Zwangsvollstreckung" der ZPO finde, strafrechtliche Elemente; schon der Wortlaut der Vorschrift lasse erkennen, daß die nach § 890 Abs. 1 ZPO verhängte Strafe ihrer rechtlichen Natur nach nicht lediglich ein Zwangsmittel, sondern gleichzeitig

---

56) So zum Beispiel KG JW 1935, 1346; OLG Karlsruhe MDR 1957, 428; OLG München OLGE 39, 87; OLG Frankfurt MDR 1962, 488; OLG Frankfurt MDR 1956, 361 f; OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff; OLG München NJW 1960, 1726 f; OLG München NJW 1963, 1410 ff; Petermann aaO; OLG Hamburg LZ 1928 Sp. 575 f; OLG Hamm NJW 1950, 113; OLG Düsseldorf NJW 1955, 506 f; BVerfG NJW 1967, 195 ff; BGH NJW 1955, 506 f.

56a) BVerfGE 20, 323 ff, = NJW 1967, 195 ff.

eine Sühne für eine begangene Zuwiderhandlung sei. Dem stehe nicht entgegen, daß die Strafe gleichzeitig den Zweck der Willensbeugung verfolge, denn dies sei mindestens zum Teil auch bei öffentlichen Strafen der Fall. Ebensowenig spreche gegen den strafrechtlichen Charakter einer Verurteilung nach § 890 ZPO, daß sie einen Antrag des Gläubigers voraussetze, denn auch das Strafrecht kenne Antragsdelikte. Bestehe aber das Wesen der Bestrafung darin, daß begangenes Unrecht geahndet werde, so gälten hierfür ungeachtet des zwangsvollstreckungsrechtlichen Einschlags strafrechtliche Grundsätze. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur erkenne an, daß § 890 Abs. 1 ZPO ungeachtet seiner zwangsvollstreckungsrechtlichen Zweckbestimmung strafrechtliche Elemente enthalte; die Gerichte hätten im wesentlichen den strafrechtlichen Gehalt der Strafe des § 890 ZPO anerkannt; auch in der zivilprozeßrechtlichen Literatur werde einhellig der Standpunkt vertreten, daß die Strafe eine öffentliche Strafe sei, unterschiedlich als Ungehorsams-, Verwaltungs-, Rechts- oder Ordnungsstrafe bezeichnet.

4. Die Strafe des § 890 ZPO als Ordnungsstrafe

Gelegentlich wird die Strafe des § 890 ZPO als Ordnungsstrafe qualifiziert, die der Bestrafung des vom Schuldner gezeigten Ungehorsams gegen das gerichtliche Ge- oder Verbot dienen soll [57]. Eine eingehende Begründung hierfür fehlt allerdings.

III. Die im strafrechtlichen Schrifttum zur Funktion der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO vertretenen Meinungen

Die Vertreter der strafrechtlichen Lösung haben sich bisher nicht darum bemüht, die Strafen der §§ 888 und 890 ZPO in das Strafensystem einzuordnen, das die moderne Strafrechtslehre herausgebildet hat. Interessant ist die Feststellung, daß

---

57) Oertmann, JW 1922, 1047 f; Seuffert-Walsmann, § 890 Anm. 2 b.

sich alle führenden Lehrbücher und Kommentare des Strafrechts auch mit einer systematischen Einordnung der "Prozeßstrafen" [58] befassen. Für die Strafrechtswissenschaft ist es eine weit wichtigere, ja sogar eine Existenzfrage, das Kriminalstrafrecht des Strafgesetzbuches von allen anderen Begriffen der S t r a f e , also von den Ordnungsstrafen, den Erzwingungs-, Disziplinarstrafen, von den Anstalts-, Haus- und Verwaltungsstrafen, abzugrenzen. Es ist daher kaum zu verstehen, daß die Strafe des § 890 ZPO von vielen Zivilrechtlern als kriminelle Strafe bezeichnet wird, ohne daß die von der Strafrechtswissenschaft erarbeiteten Grundsätze berücksichtigt und verwertet werden, obwohl doch die Strafrechtslehre in erster Linie für die Definition des kriminellen Strafrechts zuständig ist.

In dem strafrechtlichen Schrifttum läßt sich - soweit ersichtlich - keine Stelle finden (!), an der die Strafe des § 890 ZPO als Kriminalstrafe oder als kriminalähnliche Strafe bezeichnet wird. Man bemüht sich allgemein, die Strafen des Prozeßrechts - also etwa die Strafen der §§ 51 Abs. 1, 70 Abs. 1 und 2, 77 StPO; §§ 380 Abs. 1, 390 Abs. 1 und 2, 409 Abs. 1, 888 Abs. 1, 890 Abs. 1 ZPO; §§ 177, 178 GVG - von dem Kriminalstrafrecht zu trennen [59]. So wird ausdrücklich erklärt, daß die Strafe des § 890 ZPO eine Ordnungsstrafe sei und mit echtem Kriminalstrafrecht nichts zu tun habe, da es sich hier nicht um Sühne für schuldhaft begangenes Unrecht, sondern um die Erzwingung eines bestimmten prozeßordnungsgemäßen Verhaltens handle; es stehe nicht der repressive, sondern der präventive Gedanke im Vordergrund [60]. Die Strafe des § 888 ZPO wird allgemein als Beugemaßnahme bezeichnet.[61]

---

58) Leipziger Kommentar, Jagusch, Vorbem.A IV 2a und e vor § 13.

59) Baumann, LB des Strafrechts, S. 35 und 36; Maurach, LB des Strafrechts, S.7 und 8; Köhler,LB des Strafrechts, S.17 und 18; Mezger-Blei, LB des Strafrechts, AT, S.7; Welzel, LB des Strafrechts,S.16;LK aaO;Schwarz-Dreher,Kommentar zum StGB, § 27 Anm.1 B.

60) Baumann aaO; ähnlich auch Maurach aaO.

61) Baumann aaO; Maurach aaO; Mezger-Blei aaO.

IV. Die Entstehungsgeschichte der §§ 888 und 890 ZPO

Allgemein wird der Entstehungsgeschichte der §§ 888, 890 ZPO eine zu große Bedeutung beigemessen. Sie wird zudem zur Begründung verschiedener, ja entgegengesetzter, Ansichten herangezogen und jweils verschieden gedeutet.

So behauptet zum Beispiel K u h n t [62], nach der Entstehungsgeschichte sei die Strafe des § 890 ZPO "unbedenklich" als wirkliche Strafe, zwar nicht krimineller, sondern besonderer Art, aufzufassen. Dagegen führt das K a m m e r g e r i c h t in einer Entscheidung [63] an, daß aus den Motiven der ZPO sich "eindeutig" ergebe, daß der Zweck der Strafe allein der sei, den Schuldner für die Zukunft zur Unterlassung zu zwingen; ähnlich auch das R e i c h s g e r i c h t in einer Entscheidung [64]. S c h a p e r dagegen gibt zu, daß die Entstehungsgeschichte nicht weiterhelfen könne [65].

Die heutigen §§ 888, 890 ZPO entsprechen den Vorschriften der §§ 720, 721 des Entwurfs. In der Begründung des Entwurfs wird darauf hingewiesen,daß auch bei der Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung oder zur Unterlassung als Ziel der Zwangsvollstreckung an der wirklichen Erfüllung festgehalten werde [66]. Dem Schuldner solle nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassung der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung den Gläubiger auf die Forderung des Interesses zu beschränken, die wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch sei. Eine Lösung, wie sie etwa das französische Recht kennt,

---

62) DR 1941, 2370.
63) OLGE 1, 91.
64) RGZ 43, 398.
65) NJW 1963, 1766, 2. Spalte
66) Begründung des Entwurfs, Seite 442, Hahn, Materialien zur ZPO, Seite 465.

nämlich, daß jede Verpflichtung auf Handlung oder Unterlassung sich im Falle der Nichterfüllung in einen Schadensersatzanspruch auflöst [67], wird abgelehnt.

Schließlich wird in der Begründung des Entwurfs [68] ausgeführt, die Strafen hätten für die beiden Hauptfälle - Handlungen und Unterlassungen - nach deren Natur eine sehr verschiedene Bedeutung. Die Verpflichtung zu einer Unterlassung sei eine fortdauernde und der Zwang könne nur als Repression durch Ausführung der Strafe wirken. Die Weigerung einer vorzunehmenden Handlung könne dagegen überhaupt nur einmal durch Zwang überwunden werden; die Haft sei in diesem Falle überhaupt nicht Strafe, sondern direktes Zwangsmittel.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die amtliche Begründung des Entwurfs zu erkennen gibt, daß Sinn und Zweck der damaligen §§ 720, 721 die Herbeiführung der wirklichen Erfüllung sein sollten. Im übrigen spricht sich der Entwurf über den Charakter der Strafen nicht aus. Jeder Versuch, aus der amtlichen Begründung des Entwurfs Anhaltspunkte für irgendeine Theorie herzuleiten, ist verfehlt.

§ 3

Kritik an der zu § 890 ZPO vertretenen "strafrechtlichen Lösung"

I. Die Unvereinbarkeit der "strafrechtlichen Lösung" mit dem Wesen der Kriminalstrafe

Die Ansicht, daß die Strafe des § 890 ZPO ausschließlich oder hauptsächlich eine Kriminalstrafe oder eine kriminalähnliche Strafe sei, verträgt sich nicht mit den von der Strafrechtswissenschaft zum Wesen der Kriminalstrafe erarbeiteten Grundsätzen. Ohne auf die verschiedenen Strafrechtstheorien eingehen zu müssen, kann die Kriminalstrafe nach der in der

---

67) Code Civil, Art. 1142; Code de Procédure, Art. 551, 552.

68) Seite 444, Hahn Seite 467.

modernen Strafrechtswissenschaft herrschenden Lehre im Hinblick auf den einzelnen Täter als S ü h n e für das schuldhaft veursachte U n r e c h t angesehen werden [69]. Vergeltung, Sühne, Spezial- und Generalprävention, Resozialisierung, alle diese Begriffe sind geknüpft an einen U n r e c h t s v o r w u r f , an einen persönlichen Vorwurf. Die Strafrechtsnormen haben einen engen Konnex zu den Normen des Sittengesetzes [70]. Die Strafe beruht daher auch auf einem sittlichen Unwerturteil, sie hat diskriminierenden Charakter, sie macht den Täter zum R e c h t s b r e c h e r , zum V e r b r e c h e r .

Von alledem kann bei der Strafe des § 890 ZPO nicht die Rede sein. Sie beruht n i c h t auf einem diskriminierenden Unwerturteil, n i c h t auf einem Unrechtsvorwurf. Der Schuldner ist ungehorsam, er begeht eine rechtswidrige und in der Regel schuldhafte Zuwiderhandlung gegen den Vollstreckungstitel, er wird aber deshalb nicht zum Rechtsbrecher, nicht zum Verbrecher. Die Strafe des § 890 ZPO hat keinerlei Verbindung zu den Normen des Sittengesetzes, es gibt keine sittliche Norm des Inhaltes: "Du sollst richterliche Ge- und Verbote beachten !" Es ist schließlich auch nicht einzusehen, warum einzig und allein der Schuldner eines Unterlassungs- oder Duldungsanspruchs im Falle der Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zum Rechtsbrecher gebrandmarkt und mit einem Unrechtsvorwurf belegt wird, nicht aber der Schuldner, gegen den aus einem anders gearteten Titel, etwa aus einem Zahlungstitel, vollstreckt wird. Für eine derartige Abstufung in der rechtsethischen Bewertung der Nichterfüllung eines Anspruchs durch den Schuldner je nach der Art des Anspruchs und damit des Vollstreckungstitels besteht kein Grund.

---

69) Baumann, Seite 17 f und Seite 28 (unter "Zusammenfassung").

70) Baumann, Seite 21 ff u.Seite 28 (unter "Zusammenfassung").

II. Die Unvereinbarkeit der "strafrechtlichen Lösung" mit der Normentheorie

Die Vertreter der strafrechtlichen Lösung bezeichnen entweder den Vollstreckungstitel als die allgemeine Norm und die Strafandrohung als das konkrete Strafgesetz [71], wobei gelegentlich auch die Strafandrohung in Verbindung mit dem Titel als das Strafgesetz angesehen wird [72], oder aber sie behandeln die Vorschrift des § 890 ZPO als Blankettstrafgesetz, das durch den Vollstreckungstitel ausgefüllt wird [73].

Seit B i n d i n g wird in der Strafrechtswissenschaft die Ansicht vertreten, daß einem Strafgesetz die Konstituierung einer ge- oder verbietenden Norm vorgeschaltet sei und daß das Strafrecht von einem Normensystem getragen werde [74]. Erforderlich sind also Ge- und Verbotssätze, die ein bestimmtes sozialnützliches Verhalten gebieten oder ein bestimmtes sozialschädliches Verhalten verbieten, die also die zu schützenden Rechtsgüter vor Angriffen möglicher Täter abschirmen [75]. Die Ge- oder Verbote sind nicht expressis verbis in den Strafgesetzen aufgeführt, sondern stehen "hinter den Tatbeständen" [76]. Die Vorschrift des § 212 StGB sagt nicht, daß man nicht töten soll, sondern daß derjenige, der einen Menschen tötet, als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft wird. Hinter dieser Strafvorschrift steht der Satz: "Du sollst nicht töten!", oder "Töten ist Unrecht", also ein Verbotssatz. Streit kann nur darüber bestehen, woher eine derartige Ge- oder Verbotsnorm rührt. Sie mag in dem Dekalog enthalten und deshalb besonders offensichtlich sein, sie mag beruhen auf der allgemeinen Rechtsüberzeugung eines Volkes, auf den Wertvorstellungen vom "allgemein verbindlichen Sollen" [77], sie mag auch beruhen auf

---

71) Statt vieler RG SA 75, 311 f (312).

72) OLG Stuttgart MDR 1962, 995.

73) Statt vieler OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff (2021).

74) Dieser Ansicht, die umstritten ist, dürfte zu folgen sein. Zu der Streitfrage kann hier nicht im einzelnen Stellung genommen werden. Vgl.hierzu Maurach, S.185 ff;Baumann,S.19.

75) Baumann, Seite 19.

76) Baumann, Seite 19.

77) Maurach, Seite 187.

naturrechtlichem Gedankengut, sie mag schließlich auch vom Gesetzgeber originär begründet werden.

Keinesfalls kann nun aber eine solche Norm vom Richter geschaffen werden. Die Ansicht, die den Vollstreckungstitel als die allgemeine Norm bezeichnet, gerät in Widerspruch zu den von der Strafrechtswissenschaft zur Entstehung eines Straftatbestandes entwickelten Grundsätzen. Sie muß um so mehr dann versagen, wenn ein Prozeßvergleich den Vollstrekkungstitel bildet. Der Prozeßvergleich ist Vertrag und Prozeßhandlung der P a r t e i e n . Wie sollten aber die Parteien eines Zivilprozesses durch vertragliche Vereinbarung eine N o r m begründen können, die zur Schaffung eines Strafgesetzes führt?

Es bestehen nicht geringere Bedenken, die richterliche Strafandrohung allein oder zusammen mit dem Vollstreckungstitel als Strafgesetz zu behandeln. Ein Strafgesetz muß ein allgemeines und ein formelles Gesetz sein. Die Strafandrohung, die der Richter im Verfahren nach § 890 ZPO ausspricht, betrifft dagegen nur e i n e n konkreten Fall und richtet sich nur an e i n e konkrete Person, nämlich an den Schuldner d i e s e s Vollstreckungstitels [78]. Schließlich kann ein Strafgesetz auch nicht von einem Richter erlassen werden; eine solche Annahme verstößt schon gegen den Verfassungsgrundsatz von der Gewaltentrennung.

Gewichtiger ist die Meinung, die in § 890 ZPO ein durch den Vollstreckungstitel auszufüllendes Blankettstrafgesetz sieht, also ein Gesetz, das eine allgemeine Strafandrohung, nicht aber den Straftatbestand enthält. Diese auf den ersten Blick bestechend wirkende Ansicht kann einer näheren Prüfung nicht standhalten. Ein Strafgesetz mit einem "geschlossenen" Tatbestand, also das Gegenstück zum Blankettstrafgesetz, hat zwei wesentliche Bestandteile: den Tatbestand und die Strafandrohung. Wäre die Vorschrift des § 890 ZPO ein Blankettstrafgesetz, so müßte sie die Strafandrohung enthalten, die Formulierung des Tatbestandes dagegen offenlassen. § 890

---

78) Vgl. auch Schaper, NJW 1963, 1764 ff (1765).

ZPO enthält nun aber neben der Strafandrohung eine allgemein gehaltene Angabe des Tatbestandes, an dessen Verwirklichung eine Strafe geknüpft ist, nämlich die Formulierung: "Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden ... ". Das ist ein in sich geschlossener, nicht ausfüllungsbedürftiger Tatbestand, der die Merkmale, deren Verwirklichung zu einer Bestrafung führen können, nennt, nämlich: einen Unterlassungs- oder Duldungstitel einerseits und eine Zuwiderhandlung andererseits. Die vorausgegangene Entscheidung des Zivilrichters darüber, ob von einem bestimmten Schuldner eine bestimmte Handlung zu unterlassen oder zu dulden ist, stellt einen Akt der Rechtsprechung, nicht der Rechtsetzung und daher auch keine Blankettausfüllung dar [79]. Das Vorliegen eines Vollstreckungstitels ist ein Tatbestandsmerkmal; die Prüfung, die der Richter im Strafverfahren nach § 890 ZPO dahingehend anstellt, ob ein Duldungs- oder Unterlassungstitel vorliegt, ist ein Vorgang der Subsumtion.

Als in der Konstruktion des Tatbestandes vergleichbare Vorschrift des Kriminalstrafrechts kann § 110 StGB herangezogen werden, der unter anderem die öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen die "von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen" unter Strafe stellt. Hier sind Tatbestandsmerkmale die "öffentliche Aufforderung", zum Ungehorsam" und "gegen Anordnung der Obrigkeit"; die"Anordnung der Obrigkeit" ist echtes Tatbestandsmerkmal, nicht etwa eine Blankettausfüllung; § 110 StGB ist kein Blankettstrafgesetz.

Schließlich wird auch diese Meinung im Falle des Prozeßvergleichs ad absurdum geführt. Wenn die Schaffung des Vollstreckungstitels die Blankettausfüllung darstellte, so würde diese im Falle des Prozeßvergleichs von den Parteien vorgenommen werden. Bestehen schon schwerwiegende Bedenken dagegen, daß ein Richter eine Blankettausfüllung, also einen Akt der Rechtsetzung, sollte vornehmen können, so sind diese Bedenken um so größer, wenn diese Aufgabe den Parteien eines Zivilpro-

---

79) Schaper aaO, S. 1766.

zesses überlassen sein soll.

Vom Standpunkt der strafrechtlichen Lösung aus hätte es eigentlich näher gelegen, die Vorschrift des § 890 ZPO als allgemeines Strafgesetz mit geschlossenem Tatbestand zu bezeichnen, da dann wenigstens ein Teil der hier aufgezeigten Bedenken ausgeräumt worden wäre. Dieser Weg ist aber von den Anhängern der strafrechtlichen Lösung bisher nicht eingeschlagen worden. Danach würde der Richter mit dem Erlaß des Unterlassungs- oder Duldungstitels keine Norm schaffen und auch keine Blankettausfüllung vornehmen, so daß die hiergegen gerichteten Bedenken zunächst einmal entfallen würden. Das Vorliegen eines Vollstreckungstitels wäre vielmehr ein bloßes Tatbestandsmerkmal des Strafgesetzes des § 890 ZPO.

Aber auch eine solche Lösung könnte nicht überzeugen. Dem "Strafgesetz" des § 890 ZPO würde die "dahinter stehende Norm" fehlen. Eine solche Norm müßte den Inhalt haben, daß der Schuldner einem Duldungstitel folgen und einem Unterlassungstitel nicht zuwiderhandeln soll. Da nun aber nicht einzusehen ist, warum eine solche Norm nur den Duldungs- und Unterlassungstitel, nicht aber die sonstigen Vollstreckungstitel umfassen sollte, müßte die Norm Teil einer allgemeinen Norm sein, die grundsätzlich die Beachtung richterlicher Gebote fordert und die Zuwiderhandlung gegen richterliche Verbote verbietet. Eine solche Norm gibt es aber nicht, wie schon daraus hervorgeht, daß die Parteien jederzeit ein ergangenes Zivilurteil durch Vereinbarung gegenstandslos machen können. Eine solche Norm würde aber auch den Prozeßvergleich, an dem sich jede Lösung bewähren muß, nicht decken, da es hier an einem r i c h t e r l i c h e n Ge- oder Verbot fehlt.

Schließlich wäre auch - wollte man § 890 ZPO als allgemeines Strafgesetz ansehen - der Grund dafür, daß eine besondere an den Schuldner gerichtete richterliche Strafandrohung erforderlich ist, nicht zu ersehen. Die Verwirklichung eines Straftatbestandes des Strafgesetzbuches ist hinreichender Anlaß zur Festsetzung einer Strafe, eine vorherige besondere Strafandrohung oder eine Abmahnung ist unnötig.

Nach alledem kann weder der Vollstreckungstitel als Norm noch die Strafandrohung als Strafgesetz noch die Vorschrift des § 890 ZPO als Blankettstrafgesetz oder als Strafgesetz mit geschlossenem Straftatbestand angesehen werden. Jeder Versuch, im Verfahren nach § 890 ZPO die im Kriminalstrafrecht geltenden Tatbestandskonstruktionen und rechtstechnischen Grundsätze und Maßstäbe anzuwenden, muß scheitern.

III. Die Verschiedenheit der im Zivil- und Strafprozeß geltenden Verfahrensgrundsätze

Der Ansicht, die Strafe des § 890 ZPO sei eine Kriminalstrafe, steht auch die Verschiedenartigkeit von Straf- und Zivilprozeß entgegen. Ein Verfahren, das zum Erlaß einer Kriminalstrafe, also einer diskriminierenden Maßnahme, führt, muß sichere Garantien für die Richtigkeit des gefundenen Erkenntnisses bieten. Dem Erlaß von Vollstreckungstiteln im Sinne des § 890 ZPO geht ein Erkenntnisverfahren voraus, das oft nicht unerhebliche Fehlerquellen in sich birgt. Der Zivilprozeß wird bestimmt von der Dispositionsbefugnis der Parteien und von dem Verhandlungsgrundsatz, also von der Parteimaxime; es gilt der Grundsatz der formellen Wahrheit, im Gegensatz zum Strafverfahren, das mit geringen Ausnahmen ganz den staatlichen Organen übertragen ist und vom Untersuchungsgrundsatz bestimmt wird.

Der Vollstreckungstitel nach § 890 ZPO kann ein Versäumnisurteil sein, also ein Titel, der vom Gericht allein auf Grund einer Prüfung des Vorbringens des Klägers auf die Schlüssigkeit hin, also ohne Prüfung des Vorbringens des Beklagten und ohne Beweisaufnahme, erlassen worden ist. Grundlage der Vollstreckung kann weiter ein Prozeßvergleich sein, also ein Vertrag der Parteien, der auf gegenseitigem Nachgeben der Parteien beruht und oft nicht der materiellen Rechtslage entspricht. Nicht selten, insbesondere in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes, stellt der Vollstreckungstitel eine zumeist auf einseitiger Glaubhaftmachung im Beschlußwege erlassene, obendrein noch nach § 25 UWG privilegierte einstweilige Verfügung dar. Nach §§ 936, 921 Abs. 2 Satz 1

ZPO kann eine einstweilige Verfügung sogar ohne Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und -grund erlassen werden, wenn wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird. Wie P a s t o r [80] zu Recht andeutet, hätte es damit der Antragsteller in der Hand, durch Geldzahlung, möglicherweise auch nur durch Beibringung einer Bankbürgschaft, "kriminelles Strafrecht" zur Entstehung zu bringen.

IV. Vergleich der Maßnahmen des § 890 ZPO nach Art und Umfang mit den Strafen des StGB

In § 890 Abs. 1 Satz 3 ZPO wird eine Geldstrafe in unbeschränkter Höhe angedroht. Eine generelle Geldstrafe in unbeschränkter Höhe ist im Kriminalstrafrecht die Ausnahme (vgl. §§ 92 a Nr.1, 101 Nr. 1, 302 d Abs. 2 StGB), wobei noch streitig ist, ob eine solche Strafandrohung nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt [81].

Die in § 890 ZPO weiterhin vorgesehene Haftstrafe kann bis zu 6 Monate, als Gesamtstrafe bis zu zwei Jahre (§ 890 Abs. 1 Satz 2 ZPO) betragen. Der Höchstbetrag der früheren Haftstrafe des Strafgesetzbuches betrug 6 Wochen (§ 18 Abs. 1 StGB a.F.), sie durfte bei Kumulierung ihrem Gesamtbetrage nach drei Monate nicht übersteigen (§ 77 Abs. 2 StGB a.F.); das gleiche galt, wenn Haftstrafe an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafe trat (§ 78 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 StGB a.F.). Wie P a s t o r [82] ausführt, läßt sich keine Erklärung dafür finden, warum es in der Zivilprozeßordnung kriminelle Strafen geben soll, die dem Strafgesetzbuch in dieser Form unbekannt sind oder zumindest eine Ausnahme darstellen. Dies gilt um so mehr, nachdem durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1969 die Haftstrafe des Strafgesetzbuches durch den einheitlichen Begriff der Freiheitsstrafe ersetzt worden ist (Art. 4 1. StrRG). Gibt es

---

80) AaO, Seite 434.
81) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 103 Rdnr. 108.
82) AaO, Seite 451.

also jetzt im Kriminalstrafrecht keine Haftstrafe mehr, so hat der Gesetzgeber dadurch, daß er in § 890 ZPO die Haftstrafe belassen und nicht durch Freiheitsstrafe ersetzt hat, zu erkennen gegeben, daß er die Maßnahmen des § 890 ZPO nicht als Strafen im Sinne des Strafgesetzbuches behandelt wissen will.

V. Verfehlte Anwendung strafrechtlicher Grundsätze im Verfahren nach § 890 ZPO

Die Lehre vom strafrechtlichen Charakter der Strafe des § 890 ZPO hat dazu geführt, daß in der Praxis zur Lösung vieler Einzelfragen Strafrecht, und zwar materielles (StGB) und formelles (StPO) Strafrecht, angewandt wird, meist ohne nähere Begründung und ohne Prüfung, ob sich die auftauchenden Fragen nicht auch nach zivilprozessualen Grundsätzen beantworten lassen. Hierdurch wird ein zivilprozeßfremdes Rechtssystem aufgebaut; es wird versäumt, die Lösung der Probleme nach den Interessen von Gläubiger und Schuldner, so wie sie sich im Zwangsvollstreckungsverfahren gegenüberstehen, auszurichten.

Wie weit die unmittelbare oder analoge Anwendung von materiellem und verfahrensrechtlichem Strafrecht geht, soll an einigen Beispielen gezeigt werden.

Erhebliche Schwierigkeiten bereiten der Praxis - wie später noch im einzelnen zu zeigen sein wird - die Fälle des befristeten Verbots, nämlich dann, wenn die Zuwiderhandlung vor dem Ablauf der Frist begangen worden, die Frist aber vor der Straffestsetzung abgelaufen ist. Würde man verlangen, daß im Zeitpunkt der Straffestsetzung noch ein wirksamer Vollstreckungstitel vorliegt, so dürfte die Strafe nicht mehr festgesetzt werden. Das hätte zur Folge, daß es der Schuldner oft in der Hand hätte, das Straffestsetzungsverfahren bis zum Ablauf der Frist zu verschleppen. Diese Gefahr besteht besonders deshalb, weil im Straffestsetzungsverfahren voller Beweis der Zuwiderhandlung erforderlich ist, eine Glaubhaftmachung also nicht ausreicht, und der Schuldner durch Beweisanträge die Straffestsetzung hinauszögern könnte. Liegt eine einstweilige Verfügung zugrunde, so kann aus diesen Gründen das

Straffestsetzungsverfahren oft länger dauern als das Erkenntnisverfahren. In diesen Fällen ist also aus praktischen Gründen eine Straffestsetzung geboten. Um das gewünschte Ergebnis dogmatisch zu fundieren, wird vielfach § 2 Abs. 3 StGB angewandt, wonach ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, auf die während seiner Geltung begangenen Straftaten auch dann anzuwenden ist, wenn es außer Kraft getreten ist [83].

Die hier zitierte Entscheidung des O L G F r a n k f u r t bietet auch im übrigen eine Fülle von Beispielen für die Anwendung von strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen. So führt das Gericht weiter aus, daß der strafrechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung anwendbar sei, daß die Strafvollstreckung nicht auf Betreiben des Gläubigers, sondern nach strafprozessualen Grundsätzen von Amts wegen erfolge, daß eine Begnadigung zulässig sei, daß in entsprechender Anwendung des § 456 StPO durch die Vollstreckungsbehörde oder im Gnadenweg oder in entsprechender Anwendung des § 28 StGB durch das Gericht erster Instanz Strafaufschub gewährt werden könne.

Weiterhin glaubt das Gericht, daß der auf die Bestrafung des Schuldners gerichtete Strafantrag des Gläubigers dem Strafantrag im Sinne der §§ 61 ff StGB gleichzuachten sei; wenn ein solcher Strafantrag wirksam gestellt worden sei, so müsse grundsätzlich die strafbare Handlung nach § 152 Abs. 2 StPO verfolgt werden. Allerdings könne - so das OLG - in Fällen, in denen die Zuwiderhandlung so geringfügig und die Schuld so leicht erscheine, daß kein öffentliches (!!) Interesse an der Bestrafung bestehe, nach § 153 ff StPO von einer Bestrafung abgesehen werden.

---

83) Statt vieler: OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff (2022).

Ähnliche Probleme wie beim befristeten Verbot ergeben sich, wenn der Vollstreckungstitel nach der Zuwiderhandlung aufgehoben wird oder aus sonstigen Gründen wegfällt, etwa wenn die Hauptsache für erledigt erklärt wird. Kann die vorher begangene Zuwiderhandlung noch bestraft werden ? Diese Frage wird von manchen Gerichten mit der Begründung bejaht, nach der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 StGB, die entsprechend anzuwenden sei, bestimme sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz, so daß eine vor Aufhebung oder sonstiger Erledigung des gerichtlichen Verbots begangene Zuwiderhandlung grundsätzlich noch nach dem Wegfall des Verbots zu bestrafen sei [84].

Andererseits wird aus dem Charakter der Strafe als Kriminalstrafe und aus der deshalb gebotenen Heranziehung strafrechtlicher Grundsätze gefolgert, daß eine Analogie zuungunsten des Beklagten unzulässig sei [85].

Die Notwendigkeit strafrechtlichen Verschuldens wird daraus hergeleitet, daß keine kriminelle Strafe ohne Verschulden denkbar sei [86]; so wird einhellig auch fahrlässiges Verschulden für ausreichend angesehen [87]. Mit dem strafrechtlichen Verschulden werden § 51 Abs. 1 StGB [88] und das ganze strafrechtliche System von Tatbestands- und Verbotsirrtum in das zivile Vollstreckungsrecht eingeführt [89].

Ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Erstattung der wegen des Zuwiderhandelns verhängten Geldstrafe nach § 717 Abs. 2 oder § 945 ZPO wird abgelehnt mit der Begründung, die Strafe stelle eine nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zu verhängende "wirkliche" Strafe dar; die Zuwiderhandlung sei daher in jedem Falle rechtswidrig, auch wenn der Vollstreckungstitel ungerechtfertigt gewesen sei [90].

---

84) OLG Hamburg MDR 1963, 420.
85) LG Mainz MDR 1954, 110.
86) RGZ 36, 417 ff.
87) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 D.
88) Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff (553).
89) Statt vieler: OLG Stuttgart MDR 1962, 995.
90) RG SA 75, 311.

Ist bereits eine strafrechtliche Verurteilung erfolgt, weil zum Beispiel das dem Schuldner untersagte Betreten des Grundstücks des Gläubigers als Hausfriedensbruch nach § 123 StGB zu qualifizieren ist, so wird - allerdings nur selten - eine Bestrafung nach § 890 ZPO mit dem Hinweis auf den Grundsatz "ne bis in idem" für unzulässig gehalten [91].

Diese Beispiele sind wahllos herausgegriffen; sie zeigen, daß die Praxis - weitgehend vom Schrifttum unterstützt - auf dem besten Weg ist, durch strafrechtliche Erwägungen das Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO seinem Wesen zu entfremden.

VI. Die Lehre vom "Autoritätszweck" der Maßnahmen des § 890 ZPO.

Vielfach wird der Strafrechtscharakter der Strafe aus § 890 ZPO damit begründet, daß der Schuldner durch die Zuwiderhandlung gegen ein richterliches Verbot verstoßen und damit die "richterliche Autorität" als Ausdruck der staatlichen Autorität verletzt habe [92]. So spricht das O L G S t u t t g a r t [93] geradezu von einem "Autoritätszweck", den die Strafe verfolge; es soll sich hierbei um die "Interessen des Staates an der Durchsetzung der Autorität gerichtlicher Entscheidungen" handeln. T e t z n e r [94] sieht den "Kern der Bestrafung" in der "Verteidigung der öffentlichen Ordnung".

In Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht wird von

---

91) Schulz, NJW 1963, 1095.

92) OLG Breslau OLGE 23, 223 f (223): "Strafe für den Ungehorsam gegen die staatliche Autorität";
OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff (2021) und NJW 1962, 542 f,: "Strafgrund ist der Ungehorsam gegen das staatliche Verbot";
OLG Neustadt MDR 1962, 140,: "Strafe für Nichtbefolgung eines gerichtlichen Gebots";
OLG Hamburg MDR 1963, 420,: "Strafe für die Mißachtung des richterlichen Verbots".

93) Rpfleger 1950, 359 ff (360).

94) GRUR 1960, 68 ff (71).

M e y e r [95] die Vorschrift des § 890 ZPO als einzige Regelung des Zivilprozeßrechts angesehen, in welcher der "Ausdruck der Mißachtung gegen gerichtliche Autorität" - außerhalb des Verstoßes gegen die Sitzungspolizei - für deliktisch bezeichnet wird. M e y e r glaubt, daß diesem einzigen Fall einer Bestrafung für "contempt of court" im Hinblick auf die verfassungsmäßig garantierte besondere Stellung der Dritten Gewalt große Bedeutung zukomme; dieser Gesichtspunkt berühre die "Grundlagen des Rechtsstaats".

Die Auffassung von M e y e r gerät aber schon - worauf P a s t o r [96] zu Recht hinweist - mit sich selbst in Widerspruch, wenn es darum geht, daß der Schuldner einem Vollstreckungstitel zuwidergehandelt hat, der im Berufungsverfahren als unrechtmäßig aufgehoben worden ist. In diesem Falle soll der Schuldner nach der Meinung von Meyer nicht bestraft werden, weil er sich nicht gegen "die richtig verstandene" Gerichtsautorität vergangen, sondern der richtigen Rechtslage entsprochen habe.

Die Ansicht vom "Autoritätszweck", vom Ersatz für die im deutschen Recht zu kurz gekommene Bestrafung für "contempt of court" vermag nicht zu überzeugen.

1. Die Zuwiderhandlung gegen einen zivilrechtlichen Unterlassungs- oder Duldungstitel läßt sich nicht aus dem Zivilrechtssektor herauslösen; aus dem Titel, der "inter partes" ergangen ist, läßt sich nicht ein richterlicher Befehl als "obrigkeitliche Strafsatzung" [97] verselbständigen [98]. Es geht um die Zwangsvollstreckung, also um die zwangsweise Erfüllung eines zivilrechtlichen Anspruchs des Gläubigers, nicht aber um Fragen der öffentlichen Ordnung. Der Ungehorsam des Schuldners gegen den Vollstreckungstitel stellt keine Störung

---

95) MDR 1956, 577 f (578).

96) AaO S. 444.

97) So Weinkauff, SJZ 1948, 539.

98) So die berechtigte Kritik von Pastor aaO, S. 444.

der öffentlichen Ordnung und keine Beeinträchtigung der richterlichen und damit der staatlichen Autorität dar; mit der Strafe soll daher auch nicht "die öffentliche Ordnung verteidigt", nicht die Autorität des Richters und des Staates wiederhergestellt werden. Alle diese öffentlichrechtlichen Begriffe sind hier fehl am Platz; die Zuwiderhandlung des Schuldners ist eine Nichterfüllung eines zivilrechtlichen Anspruchs und beeinträchtigt daher die Interessen des Gläubigers; sie ist aber öffentlichrechtlich irrelevant.

2. Die Lehre vom "Autoritätszweck" der Strafe aus § 890 ZPO vermag nicht zu erklären, warum ausschließlich die Nichterfüllung eines Unterlassungs- oder Duldungsanspruchs, nicht aber die Nichterfüllung eines anders gearteten Anspruchs eine Verletzung der richterlichen und staatlichen Autorität darstellt. Das Verhalten des Schuldners im Falle des § 890 ZPO unterscheidet sich der Sache nach nicht von den Fällen, in denen er einer titulierten Verpflichtung zur Zahlung, zur Herausgabe einer Sache, zur Abgabe einer Willenserklärung oder zur Vornahme einer vertretbaren Handlung nicht nachkommt. Es bleibt unerklärlich, warum bei diesen Leistungstiteln die Belange der öffentlichen Ordnung, des Rechtsfriedens und der richterlichen Autorität - wenn sie bei § 890 ZPO bedeutsam wären - keine Rolle spielen sollen.

Wenn M e y e r [99] meint, daß es einen Unterschied mache, ob jemand einem Handlungsbefehl nicht entspreche, vielleicht, weil er einfach nicht zahlen könne, oder ob jemand bewußt einem Verbot zuwiderhandle, so geht er von falschen Voraussetzungen aus und zieht hieraus unhaltbare Schlußfolgerungen. Es ist keineswegs so, daß der Schuldner, der einem Unterlassungs- oder Duldungstitel zuwiderhandelt, ungehorsamer, boshafter, renitenter als der Schuldner sein muß, der

---

99) AaO S. 577.

einen sonstigen Leistungstitel nicht beachtet. Was die psychologische Seite anlangt, so übersieht M e y e r , daß - wie die Praxis lehrt - auch der Schuldner eines sonstigen Leistungstitels meist aus Renitenz dem Leistungsbefehl nicht nachkommt. Wie sonst sollte man es sich erklären, daß gegenüber einem Schuldner, der zur Rechnungslegung oder zur Auskunftserteilung oder zur Herausgabe einer Sache (sofern er sie noch in Besitz hat) verurteilt worden ist, die Zwangsvollstreckung betrieben werden muß ? Andererseits braucht nach herrschender und richtiger Lehre die Zuwiderhandlung gegen einen Unterlassungs- oder Duldungstitel nicht vorsätzlich begangen zu sein, für eine Straffestsetzung genügt auch Fahrlässigkeit [100]. Es ist reine Willkür, das Verhalten des Vollstreckungsschuldners je nach der Art des zugrunde liegenden Anspruchs und Titels rechtsethisch verschieden zu bewerten.

Nicht zu verwechseln ist die hier behandelte Frage mit dem die Strafrechtswissenschaft beschäftigenden Problem, ob das Begehungsdelikt durch Unterlassen dem aktiven Tun gleichzustellen ist. Allerdings wird in der Strafrechtslehre die Ansicht vertreten, daß das Begehungsdelikt durch Unterlassen (unechtes Unterlassungsdelikt) einen geringeren Strafwürdigkeitsgrad habe als das durch aktives Tun begangene Delikt [101]. Diese Tatsache hat aber die Strafrechtswissenschaft nicht daran gehindert, auch den Unterlassungstäter für strafrechtlich verantwortlich zu halten; sie hat lediglich dazu geführt, daß der Täterkreis durch bestimmte objektiv täterschaftliche Merkmale eingeschränkt wird [102]. Diese strafrechtliche Problematik ist für die hier interessierende Frage der Verletzung der richterlichen Autorität durch den ungehorsamen Vollstreckungsschuldner nicht relevant. Im Zivilrecht steht der Anspruch auf Leistung dem Anspruch auf Unterlassen gleich;

---

100) Baumbach- Lauterbach, § 890 Anm. 3 D.

101) Kaufmann-Hassemer, JuS 1964, 151 ff (152), mit Hinweisen auf das Schrifttum; Kaufmann, JuS 1961, 173 ff (177).

102) Kaufmann-Hassemer aaO.

so bestimmt § 241 Satz 2 BGB ausdrücklich, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann.

Auch in § 33 FGG ist kein Unterschied zwischen Tun und Unterlassen gemacht. In dieser Vorschrift ist vorgesehen, daß bei einer durch gerichtliche Verfügung auferlegten Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, das Gericht die betreffende Person "zur Befolgung seiner Anordnung durch Ordnungsstrafen anhalten" kann. Nach herrschender Lehre ist diese Ordnungsstrafe auch im Falle der Unterlassung ein Beugemittel, das ausschließlich zur Erzwingung der Befolgung der gerichtlichen Anordnung dient und keine Sühne für begangenes Unrecht ist [103]. Es ist nicht einzusehen, warum die Nichtbeachtung einer gerichtlichen Unterlassens- oder Duldungsanordnung nur im Vollstreckungsverfahren der ZPO, nicht aber in anderen Verfahren, also etwa bei § 33 FGG, eine Autoritätsverletzung und damit ein strafrechtliches Unrecht darstellen soll [104].

3. Die Bestrafung des Schuldners im Verfahren nach § 890 ZPO setzt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung einen Antrag des Gläubigers voraus. Es steht damit im Belieben des Gläubigers, ob der Schuldner bestraft und damit die Verletzung der richterlichen Autorität gesühnt wird. Die Wahrung der richterlichen und staatlichen Autorität und die Durchsetzung öffentlicher Interessen wären mit einer solchen Regelung unvereinbar.

Allerdings könnte man geneigt sein, diese Besonderheit mit einem Hinweis auf die Antragsdelikte des Strafgesetzbuches zu erklären, und tatsächlich wird zuweilen der Strafantrag nach § 890 ZPO dem Strafantrag des Strafgesetzbuches gleichgesetzt

---

103) Keidel, Komm. zum FGG, § 33 Rdnr. 4.

104) Vgl. Pastor aaO, S. 445.

und werden die Vorschriften der §§ 61 ff StGB angewandt [105]. Zum Antragsdelikt des Strafrechts besteht aber ein grundlegender Unterschied. Antragsberechtigt ist nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches der Verletzte (vgl. etwa §§ 123, 194 StGB) oder auch der Vorgesetzte einer Behörde (§ 196 StGB). Der Gläubiger ist aber im Verfahren nach § 890 ZPO, wenn durch die Zuwiderhandlung des Schuldners die richterliche Autorität verletzt wäre, nicht Verletzter und auch nicht Repräsentant des Staates. Bei der Ordnungsstrafe, die gegen einen Zeugen verhängt wird, haben die Parteien keinerlei Einfluß auf die Bestrafung. In § 380 Abs. 1 ZPO ist ausdrücklich festgelegt, daß es eines Antrags nicht bedarf. Ein Verzicht der Parteien auf die Bestrafung des Zeugen wäre unbeachtlich. Ebenso wäre es für die Bestrafung ohne Bedeutung, wenn der Zeuge auch bei Erscheinen nicht vernommen worden wäre, weil die Parteien inzwischen auf seine Vernehmung verzichtet haben, ohne daß der Zeuge dies wußte. Hat also schon die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen einen nicht erschienenen Zeugen von Amts wegen zu erfolgen, so müßte erst recht die Bestrafung einer vom Schuldner im Verfahren nach § 890 ZPO begangenen Verletzung der richterlichen Autorität von Amts wegen erfolgen und dürfte nicht vom Willen und von der Initiative einer Privatperson - des Gläubigers - abhängen. Der in § 890 ZPO vorausgesetzte Strafantrag des Gläubigers ist nichts anderes als der auch sonst erforderliche Vollstreckungsantrag des Gläubigers [106]. Eine Einleitung der Zwangsvollstreckung von Amts wegen gibt es nicht, sie kann es daher auch nicht im Verfahren nach § 890 ZPO geben.

---

105) Zum Beispiel OLG Frankfurt, NJW 1958, 2021 ff (2022): "Der überwiegend strafrechtliche Charakter des Verfahrens.....läßt es geboten erscheinen, den auf Bestrafung gerichteten Antrag nicht als einen Akt der Rechtsverfolgung im prozeßrechtlichen Sinne zu behandeln, sondern ihn dem Strafantrag i.S. der §§ 61 ff StGB gleichzuachten." Dieser Versuchung erlag auch das BVerfG (NJW 1967, 195 ff, 196).

106) Vgl. §§ 753 Abs. 1 und 2, 754, 848 Abs. 1, 867 Abs. 1 Satz 1, 887 Abs. 1, 900 Abs. 1, 901 ZPO; §§ 15, 146 ZVG.

4. Ad absurdum wird schließlich die Theorie von der Verletzung der richterlichen Autorität im Falle des Prozeßvergleichs geführt, der nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ebenfalls einen Vollstreckungstitel darstellt. Der Prozeßvergleich ist Prozeßhandlung und materielles Rechtsgeschäft der P a r t e i e n , nicht des Gerichts. Er ist nicht Ausdrück der richterlichen Autorität; die Nichterfüllung des Vergleichs kann daher keine Mißachtung der richterlichen Autorität sein. Der Schuldner mißachtet allenfalls seine eigene Autorität, seine eigene Willensentschiedung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß zu dem Prozeßvergleich eine richterliche Strafandrohung hinzukommen muß, wenn der Gläubiger das Strafverfahren nach § 890 ZPO betreiben will [107]; dadurch wird das Verhalten des Schuldners nicht zu einer Verletzung der Autorität des Richters [108]. Nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung wird die Strafe "wegen der Zuwiderhandlung" festgesetzt, nicht weil der Schuldner die richterliche Strafandrohung nicht beachtet hat [109].

Nach alledem läßt sich die Ansicht von der strafrechtlichen Strafe des § 890 ZPO nicht mit der Verletzung richterlicher Autorität begründen [110]. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist nicht der richtige Ort für die Pflege staatlicher Autoritätsziele.

VII. Sonstige Bedenken gegen die "strafrechtliche Lösung" Als weiteres Argument für den strafrechtlichen Charakter der Strafe aus § 890 ZPO wird angeführt, daß die Geldstrafe in die Staatskasse fließe und nicht dem Gläubiger zugute komme, daß dem Gläubiger jede Einwirkung auf ihre Vollstreckung versagt sei, daß die Strafe von Amts wegen und nach strafverfahrens-

---

107) RGZ 40, 413 ff (415).

108) Lüke, JZ 1959, 369 ff (369).

109) Pastor aaO, S. 446.

110) So Lüke aaO; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff, S. 553 Fußnote 1; Pastor aaO, S. 446; KG OLGE 1, 91 ff, 93 (in einer bemerkenswerten Entscheidung); RGZ 43, 396 ff (398); LG Bonn MDR 1965, 305 f (305).

rechtlichen Grundsätzen, nicht aber - bei Haftstrafen - nach den Regeln der §§ 904 ff ZPO über die Zivilhaft vollstreckt werde [111].

Es bedarf keiner großen Mühe, diese Argumentation zu entkräften. Die Frage, ob die Strafe nach strafprozessualen Vorschriften und Grundsätzen vollstreckt wird und ob dem Gläubiger jede Einwirkung auf die Vollstreckung versagt ist, hängt - da die ZPO diese Einzelfragen nicht geregelt hat - gerade von der Einstufung der Strafe ab. Aus der Tatsache, daß die Strafe von Amts wegen vollstreckt wird, wenn sie auf Antrag des Gläubigers vom Gericht festgesetzt worden ist, daß es hierzu also nicht eines weiteren Antrags des Gläubigers bedarf [112], lassen sich die gewünschten Schlußfolgerungen nicht ziehen. Ist ein Zwangsvollstreckungsverfahren auf Antrag des Gläubigers einmal in Gang gesetzt worden, so ist nicht für jede weitere Vollstreckungsmaßnahme ein neuer Antrag des Gläubigers erforderlich. Wenn der Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubigers eine Pfändung vorgenommen hat, bringt er die gepfändete Sache ohne ausdrücklichen Antrag des Gläubigers zur Versteigerung [113].

Die Tatsache, daß nach herrschender Lehre eine festgesetzte Geldstrafe in die Staatskasse fließt [114], ist ebenfalls unergiebig. Das ist auch bei den in §§ 380 Abs. 1, 390 Abs. 1, 372a Abs. 2 und 141 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Geldstrafen der Fall, ohne daß dadurch diese Ordnungsstrafen zu kriminellen Strafen würden. Im übrigen fällt auch die Geldstrafe nach § 888 ZPO nach herrschender Lehre der Staatskasse zu [115], obwohl die fast einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum diese Strafe als reine Beugemaßnahme betrachtet [116].

---

111) OLG Breslau OLGE 6, 142 f (142).

112) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 4 A.

113) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 814 Anm. 1.

114) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 4 B.

115) Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 3 B.

116) Vgl. Seite 10 und 11 der Arbeit.

1. Das R e i c h s g e r i c h t hat sich zur Begründung seiner strafrechtlichen Auffassung unter anderem darauf berufen, daß das Gesetz in § 890 ZPO den Begriff der "Gesamtstrafe" gebrauche, daß also bei mehrfacher Zuwiderhandlung wie im Strafverfahren im Falle der Realkonkurrenz verfahren werde [117]. Wenn der Gesetzgeber für den Fall, daß in einem Strafestsetzungsbeschluß nach § 890 ZPO mehrere Zuwiderhandlungen des Schuldners bestraft werden, vorgesehen hat, daß nicht mehrere Strafen, sondern nur eine einzige, festgesetzt wird, hat dies nichts mit dem Charakter der Strafe zu tun. Warum hätte er hierfür nicht den im Strafrecht gebräuchlichen kurzen und treffenden Begriff der "Gesamtstrafe" verwenden sollen ? Im übrigen kannte das frühere Strafrecht bei der Haftstrafe gerade nicht die Bildung einer Gesamtstrafe; hier erfolgte vielmehr nur eine rechnerische Zusammenzählung (Kumulation) [118]. Es kann daher nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber etwas "Strafrechtliches", das es gar nicht gibt, auf das Vollstreckungsrecht übertragen wollte [119].

2. Die Lehre von der "strafrechtlichen Natur" der Strafe aus § 890 ZPO vermag nicht zu erklären, warum eine Geldstrafe auch gegen eine juristische Person oder gegen eine Personalgesellschaft (OHG, KG) festgesetzt werden kann [120], obwohl nach überwiegender Meinung im Strafrecht zwar die Handlungsfähigkeit der juristischen Person (durch ihre Organe) bejaht, die strafrechtliche Verantwortlichkeit (Schuld) aber - von Ausnahmen im Nebenstrafrecht abgesehen - verneint wird (nur die Organe können sich schuldhaft verhalten) [121].

---

117) RGZ 36, 417 ff (418).

118) § 77 Abs. 2 StGB a.F.

119) Pastor aaO, S. 450.

120) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 1 A.

121) Vgl. hierzu Baumann AT, S. 181, 182.

3. Der strafrechtliche Charakter der Strafe aus § 890 ZPO wird auch damit begründet, daß die Strafe wegen der begangenen, nicht wegen künftiger Zuwiderhandlungen festgesetzt werde, daß durch ihre Festsetzung die begangene Zuwiderhandlung nicht beseitigt werden könne [122]. Vor weiteren Zuwiderhandlungen - so wird argumentiert - wird der Gläubiger dadurch geschützt, daß der Schuldner für jede neue Übertretung erneute Bestrafung zu erwarten habe; das Ziel der Vollstreckung, die Durchführung des Urteils, könne im Falle des § 890 ZPO nicht mehr durch die Strafe selbst, die erst nach dem Verstoß gegen das Urteil verhängt werde, erreicht werden, sondern nur durch den psychischen Zwang der Strafandrohung; dieser Zwang könne nur wirksam sein, wenn einer Zuwiderhandlung tatsächlich die Strafe folge; nur insoweit könne angenommen werden, daß auch die Strafe selbst im Dienste der Zwangsvollstreckung stehe. Die Strafe sei aber im Gegensatz zur Strafe des § 888 ZPO "nicht selbst Mittel der Zwangsvollstreckung, sondern nur notwendige Konsequenz der Strafandrohung, des eigentlichen Vollstreckungsmittels."

Sicher ist es richtig, daß die Strafe für eine in der Vergangenheit liegende Handlung festgesetzt wird und daß die Zuwiderhandlung durch die Strafe nicht wieder gutgemacht werden kann. Diese Tatsache rechtfertigt aber nicht die gezogenen Schlußfolgerungen. Eine Straffestsetzung kann erst nach einer Zuwiderhandlung in Betracht kommen, da bis zu diesem Zeitpunkt der Schuldner den Titel beachtet und den Unterlassungsanspruch des Gläubigers erfüllt, also gar keinen Anlaß zu einer Vollstreckungsmaßnahme gegeben hat. Mit gleicher Begründung kann gesagt werden, daß die Strafe des § 888 ZPO für eine in der Vergangenheit liegende Unterlassung festgesetzt wird und daß auch diese Unterlassung durch die festzusetzende Strafe

---

122) Vgl. OLG KÖLN JW 1931, 3569 f (3569).

nicht ungeschehen gemacht werden kann [123]. Wenn der Schuldner erst auf die Straffestsetzung hin die geschuldete Handlung vornimmt, hat er bis zu diesem Zeitpunkt die Erfüllung des Anspruchs unterlassen, und keine Strafe kann diesen zeitweisen Ungehorsam, diese Verzögerung der Erfüllung, beseitigen.

Besonders deutlich wird dies im Falle der Zwangsvollstreckung bei einer Dauerverpflichtung, worauf später noch im einzelnen einzugehen sein wird. Wenn zum Beispiel dem Vermieter durch einstweilige Verfügung aufgegeben wird, die Räume des Mieters mit einer Mindesttemperatur zu beheizen, und der Vermieter dieser Verpflichtung zunächst nicht nachkommt, wird die daraufhin festgesetzte Strafe nicht wieder gutmachen können, daß der Mieter in den Mieträumen gefroren hat [124].

Es kann auch nicht überzeugen, wenn die Strafandrohung als das eigentliche Vollstreckungsmittel und die festgesetzte Strafe nicht als Mittel der Vollstreckung, sondern nur als notwendige Konsequenz der Strafandrohung bezeichnet wird. Strafandrohung, Straffestsetzung und Strafvollstreckung dienen dem einen Zweck, die Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers herbeizuführen. Daß es bei einer Zuwiderhandlung nicht bei der zuvor ausgesprochenen Strafandrohung verbleiben kann, sondern - wenigstens im Regelfall - die angedrohte Strafe auch festgesetzt werden muß, nimmt der Strafe nicht ihre Eigenschaft als Vollstreckungsmittel. Die Strafe ist notwendig, um der Strafandrohung, die ja nur psychologisch wirken kann und dem Schuldner "nicht wehe tut", die nötige Wirkung zu verleihen. Kein Schuldner wird sich von einer Zuwiderhandlung abhalten und zur Beachtung des Titels bestimmen lassen, wenn er nicht mit einer Straffestsetzung als Folge der Strafandrohung rechnen

---

123) So auch Schultz, JW 1931, 3569 f.

124) Dieses Problem taucht allerdings nur dann auf, wenn man die dem Vermieter obliegende Pflicht zur ordnungsgemäßen Beheizung nicht als vertretbare, sondern als unvertretbare Handlung betrachtet.

müßte. Die Straffestsetzung ist ebensosehr Zwangsmittel und ebensowenig strafrechtliche Maßnahme wie die Strafandrohung [125].

4. Gelegentlich wird auch davon gesprochen, daß mit der Straffestsetzung dem Gläubiger "Genugtuung für das erlittene Unrecht" verschafft werde [126]. Aufgabe der Zwangsvollstrekkung ist jedoch lediglich die zwangsweise Durchsetzung des Titels, eine Genugtuungsfunktion kommt der Strafe nicht zu. Soweit dem Gläubiger durch die Zuwiderhandlung des Schuldners ein Schaden entstanden ist, bleibt es ihm unbenommen, nach § 893 ZPO "die Leistung des Interesses zu verlangen".

5. Oft - insbesondere in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes - handelt es sich nicht darum, daß der Schuldner genau das gleiche wiederholt, was im Urteil verboten ist. Vielfach spielt eine neue Verletzungsform eine Rolle und geht der Streit der Parteien darum, ob diese Zuwiderhandlung noch von dem Vollstreckungstitel gedeckt ist, wenn zum Beispiel dem Beklagten eine in der Urteilsformel genau bezeichnete Form der Werbung untersagt worden ist, er aber die Werbung in abgeänderter Form fortsetzt. Als weiteres Beispiel sei ein Fall aus dem Mietrecht angeführt:

> Der Mieter hat Räume gemietet; in dem Mietvertrag ist festgelegt, daß eine gewerbliche Nutzung der Räume unzulässig ist. Entgegen dem Mietvertrag verwendet der Mieter die Räume als Büroräume. Der Vermieter erwirkt ein Urteil, in dessen Urteilsformel dem Mieter untersagt wird, die gemieteten Räume als Büroräume zu benutzen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß nach dem Mietvertrag eine gewerbliche Nutzung der Räume unzulässig sei. Der Mieter eröffnet nunmehr eine Gastwirtschaft in den Mieträumen. Der Vermieter beantragt Straffestsetzung nach § 890 ZPO.

Ein umsichtiger Richter hätte darauf hingewirkt, daß der Kläger seinen Klageantrag so formuliert, daß dem Beklagten eine gewerbliche Nutzung der Räume untersagt werde, und hätte die Urteilsformel entsprechend gefaßt. Der Spruchrichter muß bei der Tenorierung stets an die spätere Zwangsvollstreckung denken. Kann nun dieses Versäumnis des Gerichts, diese Unge-

---

125) Schultz aaO.

126) OLG Dresden OLGE 23, 224 f (224).

nauigkeit der Urteilsformel durch Auslegung und durch Heranziehung der Entscheidungsgründe korrigiert werden? Diese Frage wird - zumindest in begrenztem Rahmen - zu bejahen sein; dem Gläubiger kann nicht zugemutet werden, in solchen Fällen einen erneuten Prozeß anzustrengen.

Nicht selten wird die Frage auftauchen, ob eine Urteilsformel ergänzt oder gar umgedeutet werden kann, wenn zum Beispiel eine Handlungspflicht im Urteilstenor als Unterlassungspflicht oder umgekehrt formuliert worden ist. In dem bereits angeführten Fall von der nichtausreichenden Beheizung vermieteter Räume meint Bull [127], der Spruchrichter solle, um eine spätere Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO zu ermöglichen, die Urteilsformel so formulieren, daß dem Beklagten verboten werde, die Temperatur in der Wohnung des Klägers auf weniger als 20° C absinken zu lassen. Wenn man der Ansicht Bulls, daß in solchen Fällen die Vollstreckung nach § 890 ZPO, also nicht nach § 887 oder 888 ZPO, zu erfolgen habe, folgt, kann dann ein Urteilstenor, der nicht so formuliert ist, sondern in dem der Beklagte verurteilt worden ist, die Mieträume mit einer bestimmten Temperatur zu beheizen, nach § 890 ZPO vollstreckt werden, kann also die Verurteilung zur Vornahme einer Handlung in der Vollstreckung als Verurteilung zu einer Unterlassung behandelt werden?

Auch dafür, daß ein Urteilstenor in der Zwangsvollstrekkung den Interessen des Gläubigers nicht gerecht wird und daher nicht praktikabel ist, sei ein Beispiel genannt [128].

> Der Mieter eines Grundstücks benutzt - obwohl nach dem Mietvertrag eine gewerbliche Nutzung unzulässig ist - das Gelände für seinen Gewerbebetrieb als Bierverleger, indem er seine Fahrzeuge auf dem Gelände abstellt und seine Warenvorräte dort lagert. Der Vermeiter erhebt Klage mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, die Fahrzeuge und die Warenbestände vom Grundstück zu entfernen. Das Urteil lautet entsprechend.

---

127) Bull, Prozeßkunst, Seite 23.

128) Zugrunde liegt die Entscheidung des OLG Hamburg in OLGE 29, 257 f.

Diese Verurteilung des Beklagten zur Beseitigung, also zur Vornahme einer einmaligen Handlung, wird den Belangen des Klägers nicht gerecht, da der Beklagte nach erfolgter Beseitigung sofort den alten Zustand wiederherstellen kann. Es fragt sich, ob eine Strafe nach § 890 ZPO festgesetzt werden kann, da sich die geschuldete Leistung als Unterlassung darstellt.

Die angeführten Beispiele zeigen, daß in der Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO nicht selten eine Auslegung, Ergänzung oder Korrektur der Urteilsformel an Hand der Entscheidungsgründe und des zugrundeliegenden sachlichrechtlichen Anspruchs erforderlich ist (in welchem Umfange dies möglich ist, soll hier nicht abschließend entschieden werden). Ein solches Vorgehen wäre aber im Strafrecht nicht denkbar, so daß auch dieser Gesichtspunkt gegen die strafrechtliche Natur der Strafe des § 890 ZPO spricht.

6. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich demnach, daß die Strafe des § 890 ZPO keine Kriminal- oder kriminalähnliche Strafe sein kann. Die strafrechtliche Lösung führt zu einer Überfremdung des Vollstreckungsrechts mit strafrechtlichen Gedanken.

Eine weitere Ausdehnung des Kriminalstrafrechts im Bereich des privaten Rechtsverkehrs entspricht nicht den kriminalpolitischen Erwägungen der heutigen Zeit [129].

§ 4

Die Strafen der §§ 888 und 890 ZPO als Vollstreckungsmittel

I. Die Strafe des § 890 ZPO

1. Aus der Stellung der Vorschrift des § 890 ZPO im 8. Buch, 3. Abschnitt, der ZPO, der die amtliche Überschrift "Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen" trägt,

---

129) Theuerkauf, ZZP 77, 298 ff (302).

folgt, daß die Strafe des § 890 ZPO der Zwangsvollstreckung, also der zwangsweisen Herbeiführung der geschuldeten Duldung oder Unterlassung dient. Unerklärlich scheint es allerdings auf den ersten Blick zu sein, warum der Gesetzgeber zu dem dem Vollstreckungsrecht wesensfremden Mittel der Strafe gegriffen hat. Um das zu verstehen, ist es erforderlich, die Fallgestaltung des § 890 ZPO näher zu untersuchen.

Zwangsvollstreckung bedeutet die Anwendung von Zwang durch das staatliche Vollstreckungsorgan zwecks Herbeiführung der dem Gläubiger geschuldeten Leistung. Der Erfolg, die Erfüllung des Anspruchs, wird unmittelbar durch die staatlichen Vollstreckungsorgane -Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht usw.- ohne Rücksicht und ohne Einflußnahme auf das Verhalten und den Willen des Schuldners, ja gerade unter Umgehung und unter Ausschaltung seines Willens und seiner Person herbeigeführt. Auf den Willen des Schuldners kommt es nicht an; der Staat beseitigt vielmehr alle auf den Willen des Schuldners zurückgehenden Hindernisse oder Bemühungen, den Titel nicht zu erfüllen. So ist der Gerichtsvollzieher befugt, die Wohnung des Schuldners zu durchsuchen, Türen und Behältnisse öffnen zu lassen und bei Widerstand Gewalt anzuwenden, er kann hierfür sogar die polizeilichen Vollzugsorgane um Unterstützung ersuchen (§ 758 ZPO). Auch bei einer Ersatzvornahme nach § 887 ZPO kann zur Beseitigung des Widerstandes des Schuldners ein Gerichtsvollzieher hinzugezogen werden (§ 892 ZPO). Daß es sich in der Regel um eine unmittelbare Zwangsvollstreckung handelt, läßt sich leicht an Hand der verschiedenen Vollstreckungsformen nachweisen:

a) Bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung erfolgen ein zwangsweiser Zugriff des Vollstreckungsorgans in das Vermögen des Schuldners und die Übertragung eines wirtschaftlichen Wertes auf den Gläubiger (dem Gläubiger wird der Erlös aus der Versteigerung der gepfändeten Sache übereignet; dem Gläubiger wird gemäß § 825 ZPO das Eigentum an der gepfändeten Sache zugewiesen; dem Gläubiger wird gemäß § 835 Abs.1

und 2 ZPO eine gepfändete Forderung an Zahlungs Statt überwiesen; der Gläubiger zieht eine von ihm gepfändete und ihm zur Einziehung überwiesene Forderung beim Drittschuldner ein usw.).

b) Auch der Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache wird durch unmittelbaren Zwang erfüllt; der Gerichtsvollzieher nimmt dem Schuldner die geschuldete Sache weg und übergibt sie dem Gläubiger (§ 883 ZPO). Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen (§ 885 ZPO).

c) Bei der Verpflichtung zur Vornahme einer vertretbaren Handlung ist der Weg etwas umständlicher; im Ergebnis wird aber im Wege der Ersatzvornahme auch hier unter Ausschaltung der Person des Schuldners und ohne Einflußnahme auf seinen Willen der Erfolg, also die geschuldete Leistung herbeigeführt (§ 887 ZPO).

d) Schließlich kann auch der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung hierher gerechnet werden. Zwar wird hier kein staatliches Vollstreckungsorgan eingeschaltet, aber durch eine Fiktion wird mit der Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben behandelt, es wird also nicht versucht, durch Zwang den Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung zu veranlassen (§ 894 ZPO).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß in allen dargelegten Fällen die Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers u n m i t t e l b a r herbeigeführt wird; eine Beugung des Schuldnerwillens wird - da nicht erforderlich - nicht versucht, ein etwa vom Schuldner gegen die Vornahme der Vollstreckungshandlung geleisteter Widerstand wird mit Gewalt gebrochen. Nur infolge dieser Unmittelbarkeit ist die Vollstreckung für den Gläubiger überhaupt von praktischem Nutzen; mit einem Verfahren, das die Beugung des Willens des nicht leistungswilligen Schuldners zum Ziele hätte, wäre wegen seiner Umständlichkeit, Langwierigkeit und vielfachen Erfolg losigkeit dem Gläubiger nicht gedient.

2. Anders ist es im Falle der Verpflichtung zur Duldung oder Unterlassung (§ 890 ZPO). Diese geschuldete Leistung ist unvertretbar und kann nur durch den Schuldner erfolgen, eine Ersatzvornahme ist ausgeschlossen, eine unmittelbare Herbeiführung der Erfüllung durch Eingriff eines staatlichen Vollstreckungsorgans ist nicht möglich. Es soll dem Gläubiger nicht ein wirtschaftlicher Wert zugewandt, ein Geldbetrag an ihn gezahlt, eine bewegliche Sache oder ein Grundstück an ihn herausgegeben oder ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung erfüllt werden, was zu tun die staatlichen Vollstreckungsorgane in der Lage wären, beziehungsweise was durch eine gesetzliche Fiktion erreicht werden könnte. Es soll vielmehr eine vom Willen des Schuldners abhängige, von seinem Willen gesteuerte Unterlassung oder Duldung erfolgen [130]. Auch die in § 890 ZPO vorgesehene Strafe der Haft in der nicht unerheblichen Höhe von 6 Monaten als Einzelstrafe und von zwei Jahren als Gesamtstrafe ist insoweit kein unmittelbarer Zwang im vollstreckungsrechtlichen Sinne, etwa um den Schuldner während der Zeit der Einschließung von Zuwiderhandlungen abzuhalten [131].

Der Unterschied zwischen § 890 ZPO und den übrigen Fällen der Zwangsvollstreckung läßt sich zur besseren Verdeutlichung bildlich darstellen:

1. Der Fall des § 890 ZPO:

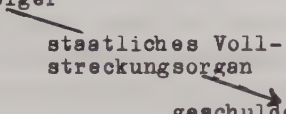
Der Gläubiger gelangt nur über den (gebeugten) Willen des Schuldners zur Erfüllung seines Anspruchs.

---

130) Göppinger, NJW 1967, 177 ff (178).

131) Pastor aaO, Seite 454.

2. Die anderen Fälle der Zwangsvollstreckung:



Der Gläubiger gelangt durch Einschaltung eines staatlichen Vollstreckungsorgans zur unmittelbaren Erfüllung seines Anspruchs. Der Schuldner steht - bildlich gesprochen - außerhalb des Vollstreckungsverfahrens, er wird allenfalls im Offenbarungseidsverfahren miteinbezogen.

Es handelt sich bei § 890 ZPO also um ein Gebiet, auf dem alle Macht des Staates u n m i t t e l b a r nichts zu erreichen vermag. Gläubiger und Vollstreckungsorgan sind vom guten Willen des Schuldners abhängig. Dem Gesetzgeber standen verschiedene Möglichkeiten offen, diese Problematik zu regeln. Er konnte die Lösung des französischen Rechts übernehmen, wonach sich der Anspruch auf eine Unterlassung oder Duldung im Falle der Nichterfüllung automatisch in einen Schadensersatzanspruch umwandelt [132]. Er konnte auch ganz auf eine Vollstreckung verzichten, ohne die automatische Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch zu statuieren, etwa eine Form der vollstreckungsrechtlichen Naturalobligation (vgl. die in § 888 Abs. 2 ZPO genannten Fälle, in denen nicht die Verurteilung, wohl aber die Erzwingung ausgeschlossen ist). Der Gesetzgeber konnte auch eine Schuldhaft einführen, etwa in dem Sinne, daß der Schuldner während der Dauer der Einschließung von Zuwiderhandlungen abgehalten werden sollte; er konnte schließlich die jetzige Lösung einer Bestrafung wählen.

Daß der Gesetzgeber in das Vollstreckungsrecht systemwidrig den Begriff der "Strafe" eingeführt hat, geschah - das ist eindeutig - "aus Verzweiflung, der Not gehorchend, nicht aus eigenem Trieb" [133].

---

132) Vgl. Seite 25 der Arbeit.

133) Isaac, ZStrW 21 (1901), 625 ff (677).

Die Lösung, eine Schuldhaft einzuführen, schied von vorneherein aus. Auf eine Vollstreckung ganz zu verzichten, erschien dem Gesetzgeber wohl als eine nicht tragbare Kapitulation vor dem Problem und vor der Renitenz des Schuldners. Wenn der Gesetzgeber den Weg der Bestrafung wählte, so hat er versucht, "eine weiche Stelle" [134] im System des Zwangsvollstreckungsrechts so zu regeln, daß auch hier als Ziel die zwangsweise Herbeiführung der geschuldeten Leistung angestrebt wird.

Daß diese Lösung nicht restlos befriedigen kann und insbesondere systemwidrig ist, kann nicht auf ein Versagen des Gesetzgebers zurückgeführt werden, sondern folgt aus der Natur der Dinge. Es wäre nicht zweckmäßiger gewesen, die Regelung des französischen Rechts zu übernehmen. Wohl wäre eine solche Lösung klar und einfach gewesen; den Interessen und Belangen des Gläubigers wäre sie aber weniger als die jetzige Regelung gerecht geworden. Dem Gläubiger wird meist mehr an einer Erfüllung seines Unterlassungs- oder Duldungsanspruchs als an einem - vielleicht nicht realisierbaren - Schadensersatzanspruch gelegen sein, den er nach der jetzigen Lösung ohnehin behält (vgl. § 893 ZPO).

Das spricht auch die amtliche Begründung des Entwurfs der früheren §§ 720, 721 aus. Es heißt dort [135], es werde als Ziel der Zwangsvollstreckung an der wirklichen Erfüllung festgehalten; dem Schuldner solle nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassung der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung den Gläubiger auf die Forderung des Interesses zu beschränken, die wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch sei. Was soll zum Beispiel dem Gläubiger, der einen Titel dahin erwirkt hat, daß dem Schuldner das Betreten seines Grundstücks verboten wird, ein Schadensersatz nutzen ? Ein in einem Geldbetrag meßbarer Schaden wird oft nicht vorliegen. Ist dem Gläubiger, der einen Titel erstritten hat, in dem dem Beklagten die Verbreitung

---

134) Lüke, JZ aaO, S. 369.

135) Begründung des Entwurfs, Seite 442; Hahn, Materialien zur ZPO, Seite 465.

verleumderischer Behauptungen untersagt wird, mit einem Schadensersatzanspruch gedient ? Wohl kann er den Widerruf der Behauptungen und die Zahlung eines Schmerzensgeldes erzwingen. Eine weitere Gefährdung seines Rufes und eine weitere Beeinträchtigung seiner Ehre werden dadurch nicht verhindert, sondern allenfalls dadurch, daß der Schuldner durch empfindliche Strafen veranlaßt wird, weitere Zuwiderhandlungen zu unterlassen [136].

Letztlich muß jede der aufgezeigten Lösungen eine Notlösung mit bestimmten Nachteilen sein, und es hat wenig Sinn, wenn - wie das oft geschieht - einer dogmatischen Untersuchung zunächst einmal ein Vorwurf gegenüber dem Gesetzgeber vorausgeschickt wird. Wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, erscheint die vom Gesetzgeber gewählte Lösung zwar nicht als die einfachste, aber doch als die dem Gläubiger am meisten gerecht werdende Regelung. Einen Vorwurf kann man dem Gesetzgeber allenfalls daraus machen, daß er den so verfänglichen Begriff der "Strafe" gebraucht und daß er das Verfahren selbst nicht eingehender geregelt hat.

---

136) Es zeigt sich also, daß die einzelnen Möglichkeiten, die dem Gesetzgeber zur Regelung des Verfahrens offen standen, untereinander nicht gleichwertig sind. Allein die dem Schuldner gegenüber ausgesprochene Strafandrohung, der im Falle einer Zuwiderhandlung eine Straffestsetzung folgt, gibt dem Gläubiger eine Chance, daß sein Anspruch erfüllt und er nicht auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt wird. Der Gesetzgeber hat das Verfahren gewählt, das der Aufgabe des Vollstreckungsrechts - Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers - am ehesten gerecht wird und das von allen Möglichkeiten die größte Wirksamkeit verspricht. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die in §§ 888 und 890 ZPO getroffene Regelung - etwa unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - können daher nicht bestehen und sind bisher, wenn man die Notwendigkeit eines Verschuldens des Vollstreckungsschuldners an einer begangenen Zuwiderhandlung im Falle des § 890 ZPO bejaht, weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung geltend gemacht worden. Auch das BVerfG hat in der bereits erwähnten Entscheidung bei Bejahung des Verschuldensgrundsatzes keine Zweifel an der Wirksamkeit der beiden Vorschriften der §§ 888 und 890 ZPO geäußert.

3. Nach alledem kann die Strafe des § 890 ZPO nur dazu bestimmt sein, auf die Willensbildung des Schuldners Einfluß und Druck auszuüben und den widersetzlichen Willen zu beugen. Die Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers hängt allein vom Schuldner ab; lediglich das zur Willensbeugung bestimmte Mittel - die Strafe - kann vom Staat angedroht, festgesetzt und vollstreckt werden. Im übrigen bestimmen die Hartnäckigkeit und das Zahlungsvermögen des Schuldners (wieviel Geldstrafen kann er sich leisten ?) die Wirksamkeit und Durchschlagskraft der Vollstrekkung.

Daraus folgt, daß die Strafe des § 890 ZPO ein p s y c h o l o g i s c h e s Zwangsmittel darstellt; das Verfahren bildet eine m i t t e l b a r e Zwangsvollstreckung.

4. Es bleibt die Frage zu untersuchen, ob der Strafe daneben noch ein Strafzweck zukommt, ob sie also eine Doppelfunktion hat, oder ob sich ihre Aufgabe in ihrer Eigenschaft als zivilprozessuales Zwangsmittel erschöpft. Da in § 3 der Arbeit gezeigt wurde, daß die Strafe keine Kriminal- oder kriminalähnliche Strafe ist und auch keinen Ersatz für die im deutschen Recht unbekannte Bestrafung für "contempt of court" darstellt, kann sie einen solchen Strafzweck auch nicht sekundär, also neben dem Beugezweck, und sei es nur als Nebenfolge, haben. Wenn die Strafe aus § 890 ZPO nebenbei überhaupt einen Strafzweck verfolgte, so könnte dieser nur der einer Ordnungsstrafe sein, wie sie etwa gegen einen Zeugen festgesetzt wird. So wird insbesondere von L ü k e die Ansicht vertreten, daß die Strafe des § 890 ZPO zwar primär ein Akt der Zwangsvollstreckung sei, daß sie daneben aber auch das Wesen einer Ordnungsstrafe habe, daß ihr also eine Doppelfunktion zukomme [137].

---

137) JZ 1959, 369 ff (369); Lüke-Bähr, JuS 1963, 283 ff (285); ebenso auch Mohr, Dissertation, S. 13; Göppinger, NJW 1967, 177 ff (178); Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff (552) und ZZP 77 (1964),298 ff (301, 302).

a) Das einzige Argument, das zur Begründung dieser Ansicht angeführt wird, ist die Tatsache, daß die Verhängung einer Strafe aus § 890 ZPO eine Zuwiderhandlung voraussetzt, eine Bestrafung also erst nach bereits begangener Zuwiderhandlung stattfindet [138].

Es wurde dargelegt [139], daß diese Tatsache nicht die Schlußfolgerung zu rechtfertigen vermag, daß die Strafe (auch) eine "strafrechtliche" Maßnahme sei. Diese Tatsache ist ebensowenig geeignet, die Annahme zu begründen, daß die Strafe nebenbei den Charakter einer Ordnungsstrafe habe. Es wurde bereits ausgeführt, daß wegen der Natur der Sache gar keine andere Möglichkeit bestand, als die Strafe erst n a c h einer begangenen Zuwiderhandlung festzusetzen und zu vollstrecken. Bis zur (ersten) Zuwiderhandlung hat ja der Schuldner den Vollstreckungstitel beachtet, ihm nicht zuwider gehandelt, und damit hat er den Unterlassungs- oder Duldungsanspruch des Gläubigers bis zu diesem Zeitpunkt erfüllt. Da die Strafe aber ein Mittel der Zwangsvollstreckung ist, kann eine Bestrafung nicht in Betracht kommen, solange der Schuldner den Anspruch erfüllt; während dieser Zeit besteht kein Anlaß für eine Vollstreckungsmaßnahme.

Wenn man der oben erwähnten Meinung folgen wollte, hätte der Gesetzgeber, um eine reine Beugemaßnahme ohne jeden Strafzweck zu schaffen, eine Straffestsetzung und eine Strafvollstreckung schon vor der ersten Zuwiderhandlung vorsehen müssen. Das würde aber auch den gehorsamen Schuldner treffen, der den ergangenen Titel beachten will und das auch tut. Trotz Erfüllung des Anspruchs würde ein Vollstreckungsverfahren betrieben werden; das käme dem Fall gleich, daß der Gerichtsvollzieher eine Pfändung vornimmt, obwohl der Schuldner bereits gezahlt und dem Gerichtsvollzieher die Zahlung nachgewiesen hat. Zum anderen könnte eine solche schon vor einer Zuwider-

---

138) Lüke aaO; Lüke-Bähr aaO; Mohr, Seite 11; Göppinger aaO.

139) Seite 45 der Arbeit.

handlung festgesetzte Strafe auch keine Beugewirkung haben; wenn gegen den Schuldner auf jeden Fall eine Strafe festgesetzt würde, wäre eine Zuwiderhandlung mit keiner weiteren für ihn unliebsamen Folge verbunden. Da solche Konsequenzen unmöglich sind, mußte der Gesetzgeber - auch wenn er eine reine Beugestrafe vorsehen wollte - die Straffestsetzung an eine bereits begangene Zuwiderhandlung knüpfen.

Man vermißt bei den Vertretern der oben genannten Meinung einen Hinweis darauf, wie das Gesetz das Verfahren hätte regeln müssen, um eine reine Beugestrafe zu begründen. Ihr Schweigen ist ein Beweis dafür, daß auch dann das Verfahren nicht anders ausgesehen hätte, oder sollte es bedeuten, daß die Möglichkeit geleugnet wird, daß es im Fall eines Duldungs- oder Unterlassungstitels eine reine Beugemaßnahme überhaupt geben kann ? Eine solche Annahme kann nicht richtig sein, hierfür bestehen weder allgemein logische noch spezifisch juristische Gründe; insbesondere steht auch die Existenz des § 33 Abs. 1 FGG entgegen. Diese Vorschrift sieht vor, daß das Gericht eine Person zur Befolgung seiner Anordnung durch Ordnungsstrafen anhalten kann. Obwohl das Gesetz den Ausdruck "Ordnungsstrafe" gebraucht, versteht es hierunter nicht die gegen Zeugen, Sachverständigen, Parteien usw. oder die im Rahmen der Sitzungspolizei verhängten Ordnungsstrafen. Man ist sich darüber einig, daß es sich hierbei - auch im Falle der Verpflichtung zu einer Unterlassung - um eine reine Beugemaßnahme ohne jeden Sühnezweck handelt [140]. Die in § 33 Abs. 1 und 3 FGG vorgesehene Strafe setzt im Falle einer Unterlassungsanordnung

---

140) Keidel, Komm. zum FGG, § 33 Rdnr. 4; Jansen, Komm. zum FGG, § 33 Rdnr. 37; Schlegelberger, Komm. zum FGG, § 33 Rdnr. 4, 5, 10; Lent-Habscheid, Studienbuch, Freiwill. Gerichtsbarkeit, Seite 215; Baur, Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Seite 289 ff; Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, S. 226; Nussbaum, ZZP 29, 440 ff, 484 ff; KG JW 1932, 1395; KG OLGE 32, 48 f (48).

ebenso eine Zuwiderhandlung voraus wie die Strafe des § 890 ZPO. Warum diese Tatsache der Strafe des § 890 ZPO einen Sühnezweck verleihen soll, der Strafe des § 33 FGG aber nicht, ist nicht einzusehen. Auch eine reine Beugestrafe kann daher bei einem Unterlassungsbefehl nur n a c h einer Zuwiderhandlung festgesetzt werden, da sich vorher ein ungehorsamer Wille, der gebeugt werden muß, nicht feststellen läßt [141].

b) Soll die Strafe des § 890 ZPO auch einen Sühnezweck verfolgen, so fragt sich, was denn gesühnt werden soll.

L ü k e meint, daß die Strafe "der Sühne für die Übertretung des Verbots" diene, daß der Strafgrund "im Ungehorsam gegenüber dem im Vollstreckungstitel enthaltenen Leistungsgebot" liege [142]. Auch hier läßt sich nicht erklären, warum eine solche Sühne für den Ungehorsam des Schuldners auf die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, beschränkt ist. Erfordert nur der Ungehorsam des Schuldners, der einen Duldungs- oder Unterlassungstitel nicht beachtet, nicht aber der Ungehorsam eines Schuldners, der einer Verpflichtung, einen Geldbetrag zu zahlen oder eine Sache herauszugeben, nicht nachkommt, eine Sühne ?

Diese Meinung läßt sich aber auch nicht mit dem Prozeßvergleich, an dem sich jede Lösung bewähren muß, in Einklang bringen. Die ZPO kennt derartige Ordnungsstrafen nur in Fällen der Nichtbeachtung von r i c h t e r l i c h e n Ge- und Verboten (vgl. §§ 141 Abs. 3, 380 Abs. 1, 390 Abs. 1, 409

---

141) Baur, Seite 289. Wenn der Schuldner nach Erlaß des Vollstreckungstitels erklärt, er sei nicht bereit, den Titel zu beachten, könnte man auf den ersten Blick eine Straffestsetzung im Sinne einer einstweiligen, vorbeugenden oder vorsorglichen Vollstreckungsmaßnahme für angebracht halten. Solche vorsorglichen Maßnahmen sind dem Vollstreckungsrecht auch sonst bekannt, es sei auf die Vorpfändung des § 845 ZPO verwiesen. Entscheidend ist aber bei § 890 ZPO, ob der Schuldner erfüllt oder nicht. Solange er dem Unterlassungstitel nicht zuwiderhandelt, erfüllt er den Anspruch des Gläubigers, auch wenn er vorher etwas anderes erklärt hat. Eine Zwangsvollstreckung trotz Erfüllung ist aber eine sinn- und zwecklose Maßnahme.

142) JZ aaO, Seite 369.

Abs. 1, 619 Abs. 3 ZPO; vgl. auch § 177 GVG). Wie bereits ausgeführt wurde [143], ist der Prozeßvergleich Prozeßhandlung und materielles Rechtsgeschäft der P a r t e i e n , nicht des Gerichts, woran sich auch dadurch, daß eine richterliche Strafandrohung hinzukommen muß, nichts ändert.

c) Schließlich steht der Annahme, daß die Strafe auch Ordnungsstrafe sei, die Tatsache entgegen, daß die Straffestsetzung in § 890 ZPO einen Strafantrag des Gläubigers voraussetzt. Keine der in der ZPO und im GVG vorgesehenen Ordnungsstrafen ist von einem Antrag einer Partei, also einer Privatperson, abhängig. Wenn der Ungehorsam gegenüber einer richterlichen Anordnung bestraft werden soll, so kann die Bestrafung nicht in das Belieben des Gläubigers gestellt sein.

d) Als letztes Argument, das für einen zusätzlichen Strafzweck der Strafe des § 890 ZPO sprechen könnte, kommt die unterschiedliche Fassung der §§ 888 und 890 ZPO in Betracht. Die Strafe des § 888 ZPO ist nach der fast einhelligen Meinung eine reine Beugemaßnahme ohne jeden Strafzweck [144]. Es fragt sich, ob aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber die Unterlassungsvollstreckung und die Vollstreckung zur Erwirkung der Vornahme einer unvertretbaren Handlung nicht - wie in § 33 FGG - in einer einzigen Vorschrift geregelt hat, gefolgert werden kann, daß er der Strafe aus § 890 ZPO eine andere Funktion als derjenigen des § 888 ZPO zuschreiben wollte.

Diese Frage ist zu verneinen; weder Gesetz noch Gesetzesmaterialien bieten für eine solche Annahme einen Anhaltspunkt. Zwar fehlt bei der Haftstrafe des § 888 ZPO im Gegensatz zu § 890 ZPO die Angabe des Höchstmaßes; die einhellige Rechtsmeinung bemißt aber das Höchstmaß der Haftstrafe in § 888 ZPO ebenfalls auf sechs Monate unter Berufung auf § 913 ZPO [145]. Damit besteht zwischen den angedrohten Strafen kein Unterschied zwischen § 888 und 890 ZPO.

---

143) Seite 42 der Arbeit.

144) Vgl. Seite 10, 11 der Arbeit.

145) Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 3 A.

Auch aus der Tatsache, daß in § 888 ZPO eine Strafandrohung fehlt, kann eine unterschiedliche Behandlung der Strafen nicht hergeleitet werden. Zwar hält die herrschende Meinung eine Strafandrohung nicht für erforderlich [146]; danach ist es vielmehr zulässig, daß das Gericht sofort die Strafe festsetzt. Ob das richtig ist, erscheint aber gar nicht so zweifelsfrei. P a s t o r [147] führt zu Recht aus, daß es nach dem Wortlaut des Gesetzes durchaus vertretbar ist, anzunehmen, daß auch hier eine vorherige Strafandrohung erforderlich ist. Nach dem Gesetz "ist zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen oder durch Haft anzuhalten sei ". Das kann ebenso gut dahin verstanden werden, daß dem Schuldner zuerst eine Strafe angedroht, er dadurch zur Vornahme der Handlung "angehalten" werden müsse und daß erst danach -vielleicht nach fruchtlosem Ablauf einer in dem "Anhaltebeschluß" festgesetzten Frist- eine Straffestsetzung zulässig sei.

Letztlich mögen die begrifflichen Unterschiede den Gesetzgeber dazu bewogen haben, die Zwangsvollstreckung in zwei verschiedenen Vorschriften zu regeln; jedenfalls kann nicht festgestellt werden, daß das Gesetz die Strafe des § 890 ZPO anders behandelt wissen will als die des § 888 ZPO.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten:

Die Strafe des § 890 ZPO ist eine reine Beugemaßnahme ohne jeden Straf- oder Sühnezweck, gleich welcher Art [148].

---

146) Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm.2 C; KG NJW 1969, 57 f.

147) AaO, Seite 448.

148) Pastor aaO, Seite 456, 458; Schultzenstein, ZZP 35 (1906), 475 ff (515, 516); Schultz, JW 1931, 3569 f (3569); KG OLGE 1, 91 ff (93).

II. Die Strafe des § 888 ZPO

Ebenso wie bei einem Duldungs- oder Unterlassungstitel ist es auch bei der Verpflichtung zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung unmöglich, eine unmittelbare Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Die Zwangsvollstreckung kann daher auch hier nur durch Anwendung eines mittelbaren Zwangs, also eines psychologischen Zwangsmittels, erfolgen. Da der Gesetzgeber trotz der Unmöglichkeit eines direkten Zwangs dem Gläubiger zur Erfüllung seines Anspruchs verhelfen wollte, ist auch die Strafe des § 888 ZPO ein Mittel der Zwangsvollstreckung und daher eine Beugemaßnahme, eine Beugestrafe. Die Frage, ob sie daneben einen Straf- und Sühnezweck verfolgt, also eine Doppelfunktion hat, ist mit der herrschenden Lehre zu verneinen. Es gelten hierfür dieselben Gründe, die - entgegen der herrschenden Lehre - auch bei der Strafe des § 890 ZPO zur Verneinung eines Strafzwecks geführt haben. Es kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Damit gelangt man - wiederum entgegen der herrschenden Lehre - zu einer Gleichstellung der Strafen der §§ 888 und 890 ZPO. Diese Gleichstellung erscheint wünschenswert, da nicht einzusehen ist, warum die Vollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen in der ZPO unterschiedlich, im FGG dagegen (§ 33 Abs. 1 FGG) gleich geregelt sein soll [149].

---

149) Für eine Gleichstellung der Strafen der §§ 888, 890 ZPO die in Fußnote 148 Genannten; ebenso vom Standpunkt der Lehre von der Doppelfunktion aus Lüke, JZ 1959, 369 ff (369). Es wäre konsequent, künftig den Begriff Strafe ganz zu vermeiden und statt dessen von den "in §§ 888 und 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen" zu sprechen. Dem steht nun aber entgegen, daß das Gesetz die technischen Ausdrücke Geldstrafe, Strafe der Haft, Gesamtstrafe und Strafandrohung gebraucht und es zu Mißverständnissen führen könnte, wenn versucht werden würde, diese Begriffe durch weniger verfängliche zu ersetzen.

III. Die Parallele zur Vertragsstrafe des § 339 BGB

Mit dieser rein vollstreckungsrechtlichen Behandlung der in §§ 888 und 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen stellt sich die Frage, ob sich eine Parallele zur privatrechtlichen unselbständigen Vertragsstrafe des § 339 BGB in den Fällen ziehen läßt, in denen die Vertragsstrafe für die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung oder zu einer Duldung oder Unterlassung vereinbart ist.

Bei der Vertragsstrafe ergeben sich ähnliche Probleme wie in den Vollstreckungsverfahren nach §§ 888 und 890 ZPO, etwa die Frage, ob der Anspruch auf die Vertragsstrafe bestehen bleibt, wenn der Vertrag für die Zukunft seine Wirksamkeit verliert [150], oder ob die Verwirkung der Strafe voraussetzt, daß der Schuldner die Nichterfüllung oder die Zuwiderhandlung zu vertreten hat [151], und ob der Schuldner für seine Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB einzustehen hat [152].

Die unselbständige Vertragsstrafe ist nach herrschender Lehre in erster Linie ein Druckmittel zur Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Leistungsverpflichtung [153]. Man kann daher, wenn man Vergleiche ziehen will, bei den Maßnahmen der §§ 888 und 890 ZPO von einer gerichtlich auferlegten, bei der Vertragsstrafe von einer vertraglich vereinbarten, also freiwillig übernommenen Sanktion sprechen, welche die Erfüllung des materiellrechtlichen Anspruchs sichern und gewährleisten soll. Wegen dieser Ähnlichkeit in der Funktion bietet es sich an, die Grundsätze, die zur Vertragsstrafe entwickelt

---

150) Vgl. hierzu OLG Frankfurt WRP 1966, 104 ff; BGH NJW 1962, 1340 ff (1341).

151) Vgl. Larenz, AT, S. 286, 287; Palandt-Heinrichs, § 339 Anm. 2 und 3.

152) Palandt-Heinrichs, § 339 Anm. 4; OLG Hamburg WRP 1968, 301 ff; OLG Hamm WRP 1968, 404 ff.

153) Enneccerus-Lehmann, S. 159, 160; Esser, AT, S. 144; Larenz, AT, S. 286; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 1 vor § 339; Soergel-Schmidt, § 339 Rdnr. 4; RG JW 1913, 319 ff (321); BGH NJW 1958, 1483 f (1483); BGH NJW 1960, 2332 ff (2333).

worden sind, auch für das Vollstreckungsverfahren nach §§ 888 und 890 ZPO heranzuziehen, so etwa bei der Beantwortung der Frage, ob der Schuldner für fremdes Verschulden einzustehen hat.

Es zeigt sich jedoch, daß diese Möglichkeit, so einfach sie wäre, nicht besteht. Der Vertragsstrafe kommt nämlich - und hierin besteht ein grundlegender Unterschied zu den Maßnahmen der §§ 888 und 890 ZPO - eine Doppelfunktion zu, allerdings in einem ganz anderen Sinne, als dieser Begriff bisher gebraucht worden ist. Der Gläubiger kann sich durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch für einen solchen ihm durch die Vertragsverletzung entstehenden Schaden sichern, der nicht Vermögensschaden ist oder dessen Höhe für ihn im gegebenen Falle schwer nachzuweisen ist [154].

Eine solche Aufgabe kommt nun aber den in §§ 888 und 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen nicht zu. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß dort nicht nur eine Geld-, sondern auch eine Haftstrafe vorgesehen ist. Aber auch die Geldstrafe verfolgt nicht zusätzlich das Ziel, den möglichen Schadensersatzanspruch des Gläubigers abzudecken oder dem Gläubiger den Schadensnachweis abzunehmen. Eine solche Annahme würde voraussetzen, daß die nach §§ 888 oder 890 ZPO festgesetzte Geldstrafe entgegen der Praxis und der einhelligen Meinung im Schrifttum dem Gläubiger zusteht, nicht der Staatskasse. Daß die Geldstrafe nicht dazu dient, den eventuellen Schaden des Gläubigers abzudecken, ergibt sich aber auch aus § 893 ZPO, wonach das Recht des Gläubigers, die Leistung des Interesses zu verlangen, durch die Vorschriften der §§ 888 und 890 ZPO nicht berührt wird, während nach § 340 Abs. 2 BGB die Vertragsstrafe auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung anzurechnen ist.

---

154) Larenz, Soergel-Schmidt, Enneccerus-Lehmann, Esser, RG und OLG Frankfurt, jeweils aaO.

Die dargelegte zusätzliche Aufgabe der Vertragsstrafe läßt einzelne Probleme in einem ganz anderen Licht erscheinen, als dies der Fall wäre, wenn diese Sanktion ebenso wie die Maßnahmen der §§ 888 und 890 ZPO nur den Zweck hätte, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten. Ein Beispiel hierfür ist die Frage, ob ein Anspruch auf die Vertragsstrafe auch noch nach Beendigung eines Vertragsverhältnisses besteht. Die Vertragsstrafe kann als Mittel, dem Gläubiger den Schadensnachweis abzunehmen und seinen Schaden abzudecken, auch noch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Sinn haben; deshalb wird dem Gläubiger der Strafanspruch wegen der vor Beendigung des Vertrages begangenen Verfehlungen auch noch nach Vertragsende zugebilligt [155], während die Frage, ob noch nach Aufhebung des Vollstreckungstitels eine Strafe nach § 890 ZPO wegen einer vorher begangenen Zuwiderhandlung festgesetzt werden kann, - wie noch zu zeigen sein wird - unter ganz anderen Aspekten zu behandeln ist. Aber auch bei anderen Fragen, etwa nach der Notwendigkeit eines Verschuldens, können die zur Vertragsstrafe entwickelten Grundsätze nicht auf das Vollstreckungsverfahren übertragen werden. Einmal schon deshalb nicht, weil in §§ 888 und 890 ZPO auch die Haftstrafe vorgesehen ist, während § 339 BGB nur d i e Z a h l u n g e i n e r G e l d s u m m e und § 342 BGB e i n e a n d e r e L e i s t u n g a l s d i e Z a h l u n g e i n e r G e l d s u m m e , also jedenfalls nicht einen Freiheitsentzug nennt. Zum anderen macht es einen grundlegenden Unterschied, ob der Schuldner - so bei der Vertragsstrafe - freiwillig eine wirtschaftliche Sanktion übernimmt als eine Art Garantie für den Eintritt eines bestimmten Erfolges oder ob ihm vom Gericht - so bei den Maßnahmen der §§ 888 und 890 ZPO - zwangsweise ein solches Opfer auferlegt wird. Bei einer vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme für ein bestimmtes Verhalten wird man eher von der Notwendigkeit eines eigenen Verschuldens absehen können als bei einer gerichtlich auferlegten Geldstrafe.

Für die Einzelfragen der §§ 888 und 890 ZPO muß daher eine eigenständige Lösung gefunden werden.

---

155) BGH NJW 1962, 1340 ff (1341); vgl. auch OLG Frankfurt WRP 1966, 104 ff.

2. Abschnitt

Das Verfahren des § 890 ZPO
Einzelprobleme

Im folgenden Teil der Arbeit sollen Einzelprobleme untersucht werden, wobei auf eine systematische und vollständige Darstellung des Verfahrens des § 890 ZPO verzichtet wird, da dies nicht Aufgabe der Arbeit ist. Es werden dogmatisch interessante, praktisch bedeutsame und in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittene Einzelfragen herausgegriffen.

Wie die eingangs der Arbeit [1] aufgeführten Beispiele zeigen, ist die Regelung des § 890 ZPO mehr als lückenhaft; diese Tatsache hat die Praxis veranlaßt, auf das Verfahren weitgehend strafrechtlich und strafprozessuale Vorschriften und Grundsätze anzuwenden [2]. Anknüpfungspunkt hierfür ist, daß die Strafe nach der herrschenden Lehre hauptsächlich oder zusätzlich einen Sühnezweck verfolgt. Da diese Annahme nach den bisherigen Ausführungen nicht richtig erscheint, gilt es, einen anderen Ausgangspunkt für die Lösung der Einzelprobleme zu finden. Wenn - wie hier vertreten - die Strafe eine reine Beugemaßnahme ohne jeden Strafzweck bildet, muß der B e u g e z we c k die Grundlage aller weiteren Betrachtungen sein. Eine Straffestsetzung nach § 890 ZPO verlangt daher, daß der Beugezweck im konkreten Fall noch erreicht werden kann.

Mit dieser allgemeinen Feststellung beginnen aber erst die praktischen Schwierigkeiten. Sie ergeben sich vor allen Dingen dort, wo aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine Willensbeugung des Schuldners im Zeitpunkt der beantragten Straffestsetzung ausscheidet. Es wäre falsch, aus der Natur der Strafe als reiner Beugestrafe schematisch Schlüsse zu ziehen,

---

1) Seite 1 ff.

2) Vgl. hierzu Seite 33 ff der Arbeit.

ohne die Ergebnisse auf ihre Berechtigung zu überprüfen. Die begriffliche Einordnung darf keineswegs derart festlegen, daß bei neu auftauchenden Fragen alleine aus der Einordnung ohne erneute pragmatische Prüfung normative Schlüsse zu ziehen sind [3]. Aus diesem Grund müssen im folgenden die typischen Fälle, in denen eine Willensbeugung des Schuldners im Zeitpunkt der beantragten Straffestsetzung nicht mehr möglich ist, im einzelnen untersucht werden.

§ 5

Der Zeitpunkt, von dem ab eine Zuwiderhandlung strafbar wird

Eine Strafe nach § 890 ZPO kann nur festgesetzt werden, wenn eine Zuwiderhandlung begangen wird, nachdem ein vollstreckbarer Titel und eine Strafandrohung ergangen sind, und wenn diese im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung noch in Kraft sind [4]. Eine Handlung, die vor dem Ergehen eines Vollstrekkungstitels oder der Strafandrohung liegt, kann nicht bestraft werden, denn das Verbot wird nicht rückwirkend begründet [5]. Insoweit bleiben dem Gläubiger nur Schadensersatzansprüche.

I. Enthält das Urteil oder die durch Beschluß ergangene einstweilige Verfügung noch keine Strafandrohung, so muß die Strafandrohung in einem besonderen Beschluß ausgesprochen werden (§ 890 Abs. 2 ZPO). In diesem Fall stellt die Strafandrohung nach herrschender Lehre bereits den Beginn der Zwangsvollstreckung dar [6]. Daher müssen, damit eine Strafandrohung

---

3) Adomeit, NJW 1967, 1994 ff (1997).

4) Kuhnt, DR 1941, 2369 ff (2375).

5) Göppinger, NJW 1967, 177 ff (177).

6) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 2; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 5 B; Kuhnt aaO, S. 2371; Wieczorek, § 890 Anm. B III a; Schröder, NJW 1969, 1285 f (1285); RG VZ 42, 419 ff; OLG Hamburg MDR 1957, 622.

erfolgen kann, alle Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung wie Klauselerteilung, Zustellung des Vollstreckungstitels an den Schuldner, Sicherheitsleistung usw. gegeben sein [7]. Außerdem muß der Strafandrohungsbeschluß dem Schuldner zugestellt werden; erst von diesem Zeitpunkt ab sind Zuwiderhandlungen des Schuldners strafbar [8].

II. Ist die Strafandrohung bereits in dem Urteil oder in der in Form eines Beschlusses ergehenden einstweiligen Verfügung enthalten, so stellt sich die Frage, ob damit jede nach Wirksamwerden des Urteils oder Beschlusses begangene Zuwiderhandlung des Schuldners strafbar ist oder ob für die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung erforderlich ist, daß im Zeitpunkt der Handlung alle Vollstreckungsvoraussetzungen wie Zustellung des Titels an den Schuldner, Erteilung der Vollstreckungsklausel, Sicherheitsleistung usw. vorliegen.

Nach herrschender Lehre sind Zuwiderhandlungen strafbar, die nach dem Wirksamwerden des die Strafandrohung enthaltenden Vollstreckungstitels begangen werden; die Zustellung des Urteils und die übrigen oben genannten Vollstreckungsvoraussetzungen sind keine Voraussetzungen für die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung, sondern nur für die Straffestsetzung. Mit anderen Worten: Da die Straffestsetzung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist, müssen alle Vollstreckungsvoraussetzungen gegeben sein; es können dann aber auch Zuwiderhandlungen bestraft werden, die vorher begangen worden sind, zu einer Zeit also, als die Vollstreckungsvoraussetzungen noch nicht oder

---

7) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 5 B.

8) Kuhnt aaO, Seite 2375.

nicht alle vorlagen [9].

Das O L G F r a n k f u r t [10] will die Feststellung, daß die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung nicht die vorherige Zustellung des Urteils an den Schuldner voraussetze, aus dem Charakter der Strafe als einer echten Kriminalstrafe herleiten. Es führt aus, der Verstoß gegen ein allgemeines Strafgesetz setze regelmäßig nicht voraus, daß es dem Täter bekannt gewesen sei, vielmehr reiche es im allgemeinen aus, daß die Strafnorm formell ordnungsgemäß erlassen sei. Dieser Grundsatz müsse auch auf die Strafdrohung und die Strafverhängung nach § 890 ZPO angewendet werden; eine förmliche Zustellung des Titels sei daher nicht erforderlich.

Nach der hier vertretenen Ansicht von dem reinen Beugezweck der Strafe des § 890 ZPO muß eine solche strafrechtliche Betrachtungsweise verfehlt erscheinen; sie ist aber auch gar nicht erforderlich, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen. Die Zulassung der Strafandrohung im Urteil beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen. Da ein Unterlassungsurteil nicht direkt, sondern nur durch Einwirkung auf den Willen des Schuldners zur Vollstreckung gebracht werden kann, ist diese Einwirkung schon im Urteil am Platze, weil Zuwiderhandlungen sofort möglich sind [11]. Die Strafandrohung muß ihre Wirkung, den Willen des Schuldners zu beugen, sofort entfalten können; dazu bedarf es keiner förmlichen Zustellung an den Schuldner. Im übrigen ist die Strafandrohung, wenn sie bereits im Urteil

---

9) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 C; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Mohr, Seite 16; Rosenberg, Seite 1084; Kuhnt aaO, Seite 2375; OLG Hamburg MDR 1957, 622; OLG Frankfurt Rpfleger 1954, 46 ff,= ZZP 67, 70 ff; aA. Wieczorek, § 890 Anm. C I b1; OLG München OLGE 19, 32; OLG Bremen JR 1965, 24 ff (25).

10) aaO, Seite 47; so auch andere Gerichte, z.B. KG MDR 1964, 155 f; OLG Stuttgart MDR 1962, 995 f; OLG Hamburg MDR 1965, 670.

11) RG VZ 42, 423.

enthalten ist, noch nicht als Beginn der Zwangsvollstreckung anzusehen [12]; daher brauchen aus diesem Grunde die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung im Zeitpunkt einer Zuwiderhandlung - da diese keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ist - nicht vorzuliegen.

Das O L G M ü n c h e n [13] glaubt, seine abweichende Meinung damit begründen zu können, daß im Falle der gesonderten Strafandrohung (§ 890 Abs. 2 ZPO) Zuwiderhandlungen zwischen Verkündung und Zustellung des Urteils ebenfalls nicht strafbar seien. Es ist zwar richtig, daß die herrschende Lehre zu einer unterschiedlichen Behandlung der beiden Fälle führt. Das ist aber die notwendige Folge der gesetzlichen Regelung. Wenn das Gesetz dem Gericht die Möglichkeit einräumt, bereits in die Urteilsformel die Strafandrohung aufzunehmen, um damit eine möglichst schnelle Wirkung des Urteils zu erzielen, so können die hierdurch für den Gläubiger eintretenden Vorteile nicht mit dem Hinweis beseitigt werden, daß die gesonderte Strafandrohung erst später eine Wirkung entfalten könne [14].

III. Fraglich ist, ob für die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung die vorherige Zustellung des Urteils an den Schuldner auch dann nicht erforderlich ist, wenn das Verbot zusammen mit der Strafandrohung in einer durch Urteil erlassenen einstweiligen Verfügung enthalten ist.

Das O L G M ü n c h e n vertritt in der bereits angeführten Entscheidung unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichtsgerichts [15] die Ansicht, daß in diesem Falle die vor-

---

12) RGZ aaO.

13) OLGE 19, 32.

14) Vgl. hierzu Kuhnt aaO, Seite 2375.

15) RGZ 51, 129.

herige Zustellung des Urteils an den Schuldner erforderlich sei, da die durch verkündetes Urteil ergehende einstweilige Verfügung überhaupt erst durch Zustellung im Parteibetrieb wirksam werde.

Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Wirksam wird das Verbot, auch wenn es sich in einer durch Urteil erlassenen einstweiligen Verfügung befindet, mit der Verkündung des Urteils. Die Zustellung des Urteils durch den Gläubiger an den Schuldner stellt sich als Vollziehung im Sinne der §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO dar [16]. Nichts anderes besagt auch die Entscheidung des Reichsgerichts, auf die sich das OLG München bezieht. Das Reichtsgericht hatte in dieser Entscheidung darüber zu befinden, ob die auf ein Verbot gerichtete einstweilige Verfügung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO vollzogen werden muß und ob hierfür die Zustellung des Urteils an den Schuldner ausreicht. Das Reichtsgericht hat diese beiden Fragen bejaht; dem ist die herrschende Lehre gefolgt [17]. Das Reichtsgericht hatte nicht darüber zu entscheiden, ob eine Zuwiderhandlung, die nach Verkündung des Urteils, aber vor Vollziehung durch Zustellung des Urteils durch den Gläubiger an den Schuldner begangen worden ist, bestraft werden kann. Es hat die Frage untersucht und bejaht, ob § 929 Abs. 2 ZPO überhaupt auf die einstweilige Verfügung anwendbar ist; ferner hat es ausgeführt, daß eine Vollziehung der durch Urteil erlassenen einstweiligen Verfügung noch nicht in der bloßen Verkündung des Urteils zu erblicken sei und daß die Zustellung des Urteils an den Schuldner als hinreichende Vollziehung im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO angesehen werden könne. Die Frage, welche Wirkungen die Verkündung eines solchen Urteils im übrigen habe, hat es ausdrücklich offen gelassen.

---

16) Kuhnt aaO, Seite 2375.

17) Baumbach- Lauterbach, § 936 Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 938 Anm. III 1; Thomas-Putzo, § 936 Anm. 3; Wieczorek, § 936 Anm. C II a 1; Rosenberg, Seite 1111 f; Sydow-Busch, § 936 Anm. 2; OLG Schleswig, SchlHA 1956, 270 f.

Demnach ist festzustellen, daß auch bei einer im Wege eines Urteils ergangenen einstweiligen Verfügung eine nach Verkündung des Urteils, aber vor Zustellung an den Schuldner begangene Zuwiderhandlung strafbar ist; eine Straffestsetzung ist aber nur möglich, wenn das Urteil innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO vollzogen worden ist, was dadurch erfolgt, daß der Gläubiger dem Schuldner das Urteil zustellen läßt. Die weiteren Vollstreckungshandlungen, also der Strafantrag und die Straffestsetzung, sind dagegen nicht an die Frist gebunden [18].

Ergeht die einstweilige Verfügung durch einen die Strafandrohung enthaltenden Beschluß, so wird das Verbot mit der von Amts wegen erfolgenden Zustellung des Beschlusses an den Gläubiger (§ 329 Abs. 3 ZPO) wirksam. Auch hier muß aber die einstweilige Verfügung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO vollzogen werden, was durch Zustellung des Beschlusses durch den Gläubiger an den Schuldner geschieht [19]; auch hier ist also die fristgerechte Zustellung nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung, wohl aber für die spätere Straffestsetzung [20].

Ist der die Strafandrohung enthaltende Titel ein Urteil, das im schriftlichen Verfahren ergangen ist, so ist die von Amts wegen erfolgende Zustellung der Urteilsformel an beide

---

18) OLG Schleswig SchlHA 1956, 270, 271.

19) RGZ aaO, Seite 131.

20) In solchen Fällen wird der Schuldner bei Zuwiderhandlungen, die nach Zustellung des Beschlusses an den Gläubiger und vor Zustellung an ihn liegen, meist keine Kenntnis von der einstweiligen Verfügung haben. Da er in der Regel - wenn die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung ergeht - auch von dem Antrag des Gläubigers auf Erlaß der Verfügung keine Kenntnis haben wird, er also mit dem Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht zu rechnen braucht, kann ihm auch keine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Verlangt man für die Bestrafung nach § 890 ZPO ein Verschulden - was hier noch nicht untersucht werden soll -, so wird in solchen Fällen aus subjektiven Gründen eine Bestrafung des Schuldners nicht möglich sein.

Parteien der maßgebende Zeitpunkt (§§ 310 Abs. 2, 128 Abs. 2 ZPO). Von der zuletzt erfolgenden Zustellung an sind die Zuwiderhandlungen des Schuldners strafbar. Die zusätzliche, im Parteibetrieb erfolgende Zustellung des Urteils durch den Gläubiger an den Schuldner ist Voraussetzung für die Straffestsetzung, nicht aber für die Strafbarkeit der Zuwiderhandlungen [21].

IV. Da Titel, Vollstreckbarkeit und Strafandrohung zur Zeit der Begehung der Zuwiderhandlung noch in Kraft sein müssen, ist eine Zuwiderhandlung nicht strafbar, wenn im Zeitpunkt ihrer Begehung der Titel bereits wieder aufgehoben war [22].

Eine solche Aufhebung des Titels kann rückwirkend erfolgen.

Beispiel: Der Gläubiger hat ein Unterlassungsurteil erstritten. Der Schuldner legt Berufung ein; das Berufungsgericht weist die Unterlassungsklage ab. Nunmehr begeht der Schuldner eine Zuwiderhandlung, diese bleibt straflos.

Das gleiche muß gelten, wenn die Parteien in der zweiten Instanz den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklären und der Schuldner danach die ihm zunächst untersagte Handlung vornimmt [23].

Der Titel kann auch für die Zukunft aufgehoben werden.

Beispiel: Dem Schuldner ist durch einstweilige Verfügung eine bestimmte Handlung untersagt worden. Die Verfügung wird gemäß §§ 936, 927 Abs. 1 ZPO wegen veränderter Umstände aufgehoben. Danach begeht der Schuldner die Handlung. Eine Bestrafung erfolgt nicht.

V. Der Titel kann im Zeitpunkt einer Zuwiderhandlung aus anderen Gründen weggefallen oder sonst gegenstandlos geworden sein. Auch wegen einer solchen Zuwiderhandlung kann der Schuldner nicht bestraft werden [24]. Das ist insbesondere dann der

---

21) Mohr, Seite 17.

22) Kuhnt aaO, Seite 2375.

23) Mohr, Seite 18.

24) Kuhnt aaO, Seite 2375.

Fall, wenn es sich um ein befristetes Verbot handelt und der Schuldner die Handlung nach Ablauf der Frist begeht.

Beispiel: Dem Schuldner wird durch einstweilige Verfügung untersagt, bis zum 1.7.1968 eine Ware unter einer bestimmten Bezeichnung zu vertreiben. Am 2.7.1968 verkauft der Schuldner einen größeren Posten dieser Ware unter der ihm zunächst verbotenen Bezeichnung. Er bleibt straflos.

VI. Fraglich ist, ob eine nach Aufhebung des erstinstanzlichen Unterlassungstitels begangene Zuwiderhandlung bestraft werden kann, wenn das aufhebende Urteil seinerseits aufgehoben und damit der Unterlassungstitel bestätigt wird.

Beispiel: Der Gläubiger erwirkt gegen den Schuldner eine in Beschlußform ergehende einstweilige Verfügung, durch die dem Schuldner untersagt wird, das Grundstück des Gläubigers zu betreten. Der Schuldner legt Widerspruch ein; das Gericht hebt durch Urteil die einstweilige Verfügung gemäß §§ 936, 925 ZPO auf. Der Gläubiger legt gegen das Urteil Berufung ein. Bevor das Berufungsgericht entscheidet, begeht der Schuldner eine Zuwiderhandlung. Später wird vom Berufungsgericht die einstweilige Verfügung unter Abänderung des die Verfügung aufhebenden Urteils bestätigt.

Die begangene Zuwiderhandlung kann, auch nachdem die einstweilige Verfügung bestätigt worden ist, nicht bestraft werden, selbst dann nicht, wenn zur Zeit der Zuwiderhandlung die Vollstreckung aus dem die einstweilige Verfügung aufhebenden Urteil vom Berufungsgericht gemäß § 719 Abs. 1 einstweilen eingestellt war [25]. Es fehlt im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung ein Vollstreckungstitel.

VII. Eine Zuwiderhandlung ist weiterhin dann straflos, wenn zur Zeit ihrer Begehung die Vollstreckbarkeit endgültig oder vorübergehend aufgehoben war.

Die Vollstreckbarkeit kann endgültig beseitigt sein.

Beispiel: Der Gläubiger hat ein rechtskräftiges Unterlassungsurteil erstritten. Der Schuldner erhebt Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung, er sei von dem Vertrag,

---

25) KG JW 1927, 2063; Göppinger, NJW aaO, Seite 178, Fußnote 20.

auf dem der Unterlassungsanspruch beruhe, nach Rechtskraft des Urteils zurückgetreten. Es ergeht ein entsprechendes Urteil. Nunmehr nimmt der Schuldner die fragliche Handlung vor, er bleibt straflos.

Die Zwangsvollstreckung aus dem Titel kann aber auch einstweilen eingestellt sein.

Beispiel: Der Schuldner legt gegen das Unterlassungsurteil Berufung ein. Auf seinen Antrag stellt das Berufungsgericht gemäß § 719 Abs. 1 ZPO die Vollstreckung bis zur Entscheidung über die Berufung ein. Nunmehr begeht der Schuldner die Zuwiderhandlung. Er wird nicht bestraft.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick dann nicht unbedenklich erscheinen, wenn das erstinstanzliche Urteil vom Berufungsgericht später bestätigt wird oder wenn der Einstellungsbeschluß wieder aufgehoben wird. Es könnte den Schuldner dazu verleiten, auch bei völliger Aussichtslosigkeit gegen den Unterlassungstitel ein Rechtsmittel einzulegen, um über den Weg einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung während des meist nicht kurzen Zeitraums bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel ungestraft dem Verbot zuwiderhandeln zu können. So wird tatsächlich die Ansicht vertreten, daß eine während der Zeit der einstweiligen Einstellung begangene Zuwiderhandlung bestraft werden könne, wenn die Einstellung wieder aufgehoben werde [26].

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Der oben aufgezeigten Gefahr kann dadurch begegnet werden, daß das Berufungsgericht die Anträge auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung sorgfältig prüft und bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels eine Einstellung ablehnt. Die Strafandrohung soll bereits eine Beugewirkung entfalten und den Schuldner von Zuwiderhandlungen abhalten. Ist nun die Zwangsvollstreckung eingestellt, so ist der Strafandrohung diese Wirkung genommen; sie kann keine auf Beugung des Schuldnerwillens gerichtete Wirkung ausstrahlen [27].

---

26) OLG Bremen JR 1965, 24 ff, 25, rechte Spalte.

27) Mohr, Seite 19.

Besonders deutlich wird dies in dem Falle, daß die Strafandrohung nicht im Urteil enthalten ist, sondern durch besonderen Beschluß ausgesprochen wird (§ 890 Abs. 2 ZPO). Da in diesem Falle die Strafandrohung nach herrschender Lehre - wie bereits dargelegt wurde - den Beginn der Zwangsvollstreckung darstellt, muß sie jede Wirkung verlieren, wenn die Zwangsvollstreckung eingestellt ist. Fehlt es aber an einer wirksamen Strafandrohung, so kann die während der Zeit der Einstellung begangene Zuwiderhandlung nicht strafbar sein [28].

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger soll während dieser Zeit die zwangsweise Erfüllung seines Anspruchs nicht erlangen können. Das wäre aber der Fall, wenn man eine während der Zeit der Einstellung begangene Zuwiderhandlung bestrafen wollte. Der Schuldner müßte nämlich eine Bestrafung befürchten, wenn die Einstellung später aufgehoben oder durch Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils hinfällig wird. Mit Rücksicht hierauf wird er entweder eine Zuwiderhandlung unterlassen, womit aber das Urteil trotz der Einstellung voll realisiert würde, oder er würde eine Bestrafung riskieren in der Hoffnung, daß sein Rechtsmittel Erfolg haben wird.

VIII. Die Zwangsvollstreckung aus dem Titel kann auch in sonstiger Weise, ohne daß sie förmlich aufgehoben würde, wegfallen.

Beispiel: Dem Schuldner wird unter Strafandrohung durch vorläufig vollstreckbares Urteil untersagt, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. In dem Urteil ist dem Schuldner nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Er leistet die Sicherheit und begeht danach die ihm untersagte Handlung. Er wird nicht bestraft [29].

---

28) Wie hier Wieczorek, § 890 Anm. C I b 2; OLG Karlsruhe BadRPr. 11, 187; Mohr, Seite 19; aA. Förster-Kann, § 890 Anm. 4 a.

29) Kuhnt aaO, Seite 2375; KG JW 1939, 316 f.

IX. Schließlich muß auch die Strafandrohung im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung existent sein, andernfalls eine Bestrafung nicht möglich ist [30].

Beispiel: Da das Unterlassungsurteil keine Strafandrohung enthält, ergeht eine gesonderte Strafandrohung nach § 890 Abs. 2 ZPO. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hebt das Beschwerdegericht den Strafandrohungsbeschluß auf, weil der Gläubiger das Urteil dem Schuldner nicht hat zustellen lassen. Der Schuldner begeht nunmehr eine Zuwiderhandlung, die nicht bestraft werden kann.

§ 6

Wegfall der Vollstreckbarkeit des Titels und Wegfall des Titels selbst infolge Aufhebung oder Vergleichsabschlusses

Da die Bestrafung des Schuldners nach § 890 ZPO eine besondere Art der Zwangsvollstreckung darstellt, ist es erforderlich, daß der Vollstreckungstitel nicht nur in dem Zeitpunkt noch besteht, in dem vom Gläubiger der Antrag auf Bestrafung gestellt wird, sondern auch noch in dem Augenblick, in dem die Strafe verhängt wird [31]. Da nun auch ein vorläufig vollstreckbares Urteil für das Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO ausreicht, der Eintritt der Rechtskraft also nicht erforderlich ist [32], kann das Urteil vor der Straffestsetzung auf mannigfache Art seine Wirkung verlieren.

I. Wegfall der Vollstreckbarkeit des Titels

Im folgenden sollen zunächst die Fälle untersucht werden,

---

30) Kuhnt aaO, Seite 2375, 2376.

31) Lüke, JZ 1959, 369 ff (369); Göppinger aaO, Seite 178; Kuhnt aaO, Seite 2376; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Wieczorek, § 890 Anm. C I b 2; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 F.

32) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 1.

in denen die Vollstreckbarkeit des Titels vorübergehend oder endgültig entfällt.

1. Dafür, daß die Vollstreckbarkeit vorübergehend entfällt, seien folgende Beispiele angeführt:

Beispiel 1: Dem Schuldner ist durch vorläufig vollstreckbares Urteil die Vornahme einer bestimmten Handlung untersagt worden. Er legt gegen das Urteil Berufung ein und begeht eine Zuwiderhandlung, worauf der Gläubiger Strafantrag stellt. Auf Antrag des Schuldners stellt das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil einstweilen gemäß §§ 719 Abs. 1, 707 Abs. 1 ZPO ein.

Beispiel 2: Durch vorläufig vollstreckbares Urteil ist dem Schuldner die Vornahme einer bestimmten Handlung verboten worden. In dem Urteil ist ihm gemäß § 713 Abs. 2 ZPO nachgelassen worden, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Vor Rechtskraft des Urteils und vor Leistung der Sicherheit begeht der Schuldner die ihm untersagte Handlung, worauf der Gläubiger Strafantrag stellt. Nun leistet der Schuldner die Sicherheit und weist dies dem Gericht in der gehörigen Form nach.

R o s e n b e r g meint, daß die Einstellung der Zwangsvollstreckung nur in die Zukunft wirke, eine vorher verwirkte Strafe also noch festzusetzen und zu vollstrecken sei [33].

Diese Ansicht kann nicht überzeugen. Da die Straffestsetzung ausschließlich eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung aus dem Titel ist, kann der Beugezweck nicht mehr erreicht, eine Strafe daher nicht mehr festgesetzt werden, wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Titel nicht mehr möglich ist. Es fehlt an der Grundvoraussetzung einer Zwangsvollstreckung, nämlich an einem v o l l s t r e c k b a r e n Titel. Die herrschende Lehre verneint daher zu Recht die Zulässigkeit einer Straffestsetzung in solchen Fällen [34].

---

33) Rosenberg, S. 1085, widersprüchlich hierzu S. 902.

34) Lüke aaO, Seite 370; Göppinger aaO, Seite 178; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Wieczorek, § 890 Anm. C I b 2; RGZ 38, 422 ff; OLG Düsseldorf JMBlNRW 1963, 22 f; OLG Hamm JMBlNRW 1954, 161 f.

In den angeführten Beispielen ist also eine Straffestsetzung nicht zulässig; eine bereits erfolgte Straffestsetzung muß auf die sofortige Beschwerde des Schuldners aufgehoben werden. Ob sich hieran etwas ändert, wenn der Straffestsetzungsbeschluß bereits rechtskräftig geworden ist, soll später untersucht werden.

2. Dafür, daß die Vollstreckbarkeit des Titels aufgehoben wird oder sonst endgültig entfällt, seien folgende Beispiele genannt:

Beispiel 3: Dem Schuldner ist durch Urteil (keine einstweilige Verfügung, wegen §§ 936, 929 Abs. 1 ZPO) eine Handlung untersagt worden. Der Schuldner begeht eine Zuwiderhandlung. Um das Strafverfahren betreiben zu können, läßt sich der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen und stellt Strafantrag. Der Schuldner erhebt nun gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel Einwendungen gemäß § 732 ZPO. Durch Beschluß wird die Vollstreckungsklausel aufgehoben.

Beispiel 4: Dem Schuldner ist durch rechtskräftiges Urteil eine bestimmte Handlung untersagt worden. Er begeht eine Zuwiderhandlung. Dann erhebt er Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung, er sei nach Rechtskraft von dem Vertrag, aus dem der Unterlassungsanspruch des Gläubigers folge, zurückgetreten. Durch Urteil wird die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt. Der Gläubiger stellt Strafantrag.

In diesen Fällen ist aus den gleichen Gründen wie bei der einstweiligen Einstellung eine Straffestsetzung nicht mehr zulässig. Die herrschende Lehre macht hinsichtlich der Zulässigkeit der Bestrafung keinen Unterschied zwischen vorübergehendem und endgültigem Wegfall der Vollstreckbarkeit. Eine Bestrafung ist also in allen Fällen des § 775 Nr. 1 und 2 ZPO nicht mehr zulässig.

3. Fraglich ist, ob in den Fällen des vorübergehenden und auch des endgültigen Wegfalls der Vollstreckbarkeit eine Bestrafung der vorher begangenen Zuwiderhandlung dann wieder zulässig wird, wenn die Einstellung oder Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung wieder aufgehoben oder gegenstandslos wird.

Beispiel 5: In den Beispielen 1 und 2 wird das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig, weil der Schuldner die eingelegte Berufung zurücknimmt (Beispiel 1) bzw. das Urteil rechtskräftig werden läßt (Beispiel 2).

Beispiel 6: Im Beispiel 4 wird auf die Berufung des Gläubigers das gemäß § 767 ZPO ergangene Urteil abgeändert und die Vollstreckungsklage des Schuldners abgewiesen.

Da nunmehr eine weitere Zwangsvollstreckung wieder zulässig geworden ist und da die Zuwiderhandlung zu einer Zeit begangen wurde, als die Zwangsvollstreckung aus dem Titel nicht aufgehoben oder eingestellt war [35], muß eine Straffestsetzung wieder möglich sein, so daß der Gläubiger wegen einer zuvor begangenen Zuwiderhandlung erneuten Strafantrag stellen kann [36].

II. Wegfall des Vollstreckungstitels infolge Aufhebung oder Vergleichsabschlusses

Im folgenden seien die Fälle behandelt, in denen ein Titel im Berufungs-, Einspruchs- oder Widerspruchsverfahren rückwirkend aufgehoben wird. Als Beispiele seien folgende Fälle angeführt:

Beispiel 1: Der Schuldner verstößt gegen ein vorläufig vollstreckbares Unterlassungsurteil. Der Schuldner legt Berufung oder Einspruch (Versäumnisurteil) ein, das Gericht (Berufungsgericht) ändert das erstinstanzliche Urteil ab bzw. hebt das Versäumnisurteil auf und weist die Klage ab. Der Gläubiger stellt Strafantrag.

Beispiel 2: Der Schuldner verstößt gegen eine durch Beschluß ergangene einstweilige Verfügung. Auf den vom Schuldner eingelegten Widerspruch hebt das Gericht die einstweilige Verfügung auf. Der Gläubiger stellt Strafantrag.

Beispiel 3: Nach einer Zuwiderhandlung des Schuldners schließen die Parteien im Widerspruch-, Einspruchs- oder Berufungsverfahren einen Prozeßvergleich ab, oder der

---

35) Sonst liegt keine strafbare Zuwiderhandlung vor, vgl. Seite 75 der Arbeit.

36) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Zöller, § 890 Anm. 1 c; Mohr, Seite 21.

Kläger nimmt die Unterlassungsklage zurück oder verzichtet auf sie.

Beispiel 4: Nach einer vom Schuldner begangenen Zuwiderhandlung wird die einstweilige Verfügung aufgehoben, weil es der Gläubiger versäumt hat, innerhalb der ihm gesetzten Frist die Klage in der Hauptsache zu erheben oder die einstweilige Verfügung fristgemäß durch Zustellung zu vollziehen (§§ 936, 926 Abs. 2, 929 Abs. 2 ZPO) oder das sogenannte Rechtfertigungsverfahren (§ 942 Abs. 1 ZPO) zu beantragen (§ 942 Abs. 3 ZPO).

Allen diesen Fällen ist gemein, daß der Vollstreckungstitel nach der begangenen Zuwiderhandlung rückwirkend in Wegfall kommt.

Der ebenfalls hierher gehörende Fall der Erledigung in der Hauptsache wird wegen seiner besonderen Schwierigkeit gesondert behandelt werden.

1. Die in Rechtsprechung und Schrifttum hierzu vertretenen Lösungen sind im Ergebnis und in der Begründung verschieden.

Häufig wird in solchen Fällen eine Bestrafung auch nach Wegfall des Titels für zulässig und geboten erachtet. Die Begründung hierfür stellt auf den angeblichen vorwiegend strafrechtlichen Zweck der Strafe des § 890 ZPO ab. So hat das OLG F r a n k f u r t in einem Falle, in dem der Titel durch einen in der Berufungsinstanz abgeschlossenen Vergleich weggefallen war, ausgeführt [37]:

Wegen des überwiegenden strafrechtlichen Charakters der Strafe des § 890 ZPO seien in erster Linie ergänzend die Rechtssätze des Strafrechts und des Strafprozeßrechts anzuwenden, soweit nicht zivilprozessuale Vorschriften und die Rücksichtnahme auf Sinn und Zweck des Verfahrens entgegenständen. § 890 ZPO stelle ein Blankettstrafgesetz dar, das durch die Strafnorm des Ge- oder Verbots im Schuldtitel ausgefüllt werde. Da dieses Gesetz aber, wenn es sich um eine einstweilige Verfügung handle, regelmäßig nur für eine bestimmte Zeit - nämlich bis zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung auf Widerspruch oder Berufung oder wegen veränderter Umstände, spätestens bis zur Ent-

---

37) NJW 1958, 2021 f.

scheidung im Hauptprozeß - erlassen sei, sei es in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB auf die während seiner Geltung begangenen Verstöße auch dann noch anwendbar, wenn es inzwischen außer Kraft getreten sei. Denn der gesetzgeberische Grund für jene Vorschrift liege in der Überlegung, daß andernfalls derartige Gesetze - insbesondere in der letzten Zeit ihrer Geltungsdauer - praktisch keine genügende Autorität besitzen würden. Der Schuldner hätte es insbesondere im Verfahren der einstweiligen Verfügung in der Hand, durch Beweisanträge und Rechtsmittel das Straffestsetzungsverfahren solange hinauszuzögern, bis er - seinen Hoffnungen entsprechend - im Hauptprozeß eine ihm günstige Entscheidung erziele, um sich so jeder Verantwortung für die Zuwiderhandlungen gegen die einstweilige Verfügung zu entziehen. Auf ein Rechtsschutzinteresse im zivilprozessualen Sinne komme es nicht an, da der Strafantrag des § 890 ZPO als ein dem Strafantrag des StGB gleich zu erachtender Antrag ein besonderes Interesse des Antragsberechtigten nicht voraussetze. Bei leichten Verstößen, die keine Strafe erforderten, sei es angebracht, nach §§ 153 ff StPO von einer Bestrafung abzusehen [38].

Diese Gedankengänge, die wegen ihrer im besonderen Maße strafrechtlichen und einer zivilprozessualen Überlegung völlig entrückten Betrachtungsweise hier ausführlicher dargelegt worden sind, hat das O L G F r a n k f u r t in einer späteren Entscheidung [39] für den Fall eingeschränkt, daß die einstweilige Verfügung rückwirkend in Wegfall kommt, weil es der Antragsteller unterlassen hat, die Hauptklage zu erheben (§ 926 Abs. 2 ZPO) oder die einstweilige Verfügung fristgemäß zu vollziehen (§ 929 Abs. 2 ZPO) [40]. Das Gericht hat in dieser Entscheidung dargelegt, das Verhalten des Gläubigers mache in solchen Fällen deutlich, daß von Anfang an ein schutzwürdiges Interesse oder ein gerechter Anlaß für das Ergehen einer einstweiligen Verfügung nicht gegeben gewesen sei.

Auch ohne entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB halten manche Gerichte - meist ohne nähere Begründung - eine Be-

---

38) Auch das OLG Hamburg (MDR 1968, 1019 f) meint, daß der Rechtsgedanke des § 153 StPO im Verfahren des § 890 ZPO gelten müsse.

39) NJW 1962, 542 f.

40) Beispiel 4, Seite 81 der Arbeit.

strafung des Schuldners trotz Wegfall des Titels für zulässig [41].

Die herrschende Lehre sieht dagegen in den genannten Fällen eine Straffestsetzung nicht als zulässig an [42]. Die Verschiedenartigkeit der hierzu gegebenen Begründungen entspricht der Vielzahl der zum Wesen der Strafe des § 890 ZPO vertretenen Meinungen, wobei auffällt, daß man trotz der verschiedenen Ausgangspunkte zu demselben Ergebnis gelangt, so daß man sich fragen muß, warum hierzu Anleihen im Strafrecht erforderlich sind.

So wird teilweise nicht § 2 Abs. 3 StGB, sondern § 2 Abs. 2 Satz 2 StGB entsprechend angewandt, wonach bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu ihrer Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist, wobei man die den Vollstreckungstitel aufhebende Entscheidung als das mildeste Gesetz in diesem Sinne betrachtet, so daß man auf diesem Wege gerade unter Berücksichtigung des vermeintlichen Strafzwecks der Strafe zu einer Verneinung der Bestrafung kommt [43].

Zumeist wird die Unzulässigkeit einer Bestrafung jedoch damit begründet, daß die Straffestsetzung als ein Akt der Zwangsvollstreckung erfordere, daß der Vollstreckungstitel noch existent sei [44], oder damit, daß die Strafandrohung mit dem Titel, auf dem sie beruhe, stehe oder falle [45].

---

41) KG JW 1922, 1047 f; OLG Marienwerder LZ 1920, 869 f; OLG Hamburg MDR 1968, 1019 f.

42) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Wieczorek, § 890 Anm. C I b 2; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 F; Zöller, § 890 Anm. 1 c; Rosenberg, S. 1085 und S. 902; Göppinger aaO, S. 178; Lüke aaO, S. 369; OLG Breslau OLGE 40, 415 f; RGZ 43, 396 ff; OLG Celle NJW 1950, 955; OLG Neustadt MDR 1962, 140 (vor Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses).

43) OLG Düsseldorf JW 1932, 3193; OLG Hamburg LZ 1928, 575 f, mit unrichtig formuliertem Leitsatz; RGZ 43, 396 ff, allerdings zugleich mit einer "zivilprozessualen Begründung", vgl. Fußnote 44.

44) Vgl. Lüke aaO; Göppinger aaO; Baumbach-Lauterbach aaO; RGZ aaO, allerdings zugleich mit einer strafrechtlichen Begründung, vgl. Fußnote 43.

45) Stein-Jonas-Schönke-Pohle aaO.

2. Der herrschenden Lehre ist - zumindest im Ergebnis - zuzustimmen. Als Maßnahme der Zwangsvollstreckung verlangt die Straffestsetzung einen vollstreckbaren Titel. Fehlt es an einem solchen, so fehlt eine der Grundvoraussetzungen jeder Zwangsvollstreckung. Ebenso wie ein Gerichtsvollzieher eine Pfändung nicht vornehmen darf und eine bereits erfolgte Vollstreckungsmaßnahme wieder aufheben muß, wenn ihm die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich die Aufhebung des zu vollstreckenden Urteils ergibt (§§ 775 Nr. 1, 776 ZPO), ebenso muß in unserem Falle eine Bestrafung nach § 890 ZPO unterbleiben.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Schuldner das vorläufig vollstreckbare Verbot übertreten habe und deshalb bestraft werden müsse. Eine solche Betrachtungsweise stellt auf einen Strafzweck ab, welcher der Strafe des § 890 ZPO nicht zukommt. Es ist daher auch verfehlt, die Vorschrift des § 2 StGB - gleich, ob Abs. 2 oder Abs. 3 - entsprechend anzuwenden. Die Anwendung strafrechtlicher oder strafprozeßrechtlicher Vorschriften ist - zumindest, wenn es um die Zulässigkeit der Bestrafung selbst, also nicht um die technische Abwicklung der Straffestsetzung und der Strafvollstreckung geht - dogmatisch verfehlt, aber auch aus praktischen Gründen nicht erforderlich. Wie wenig die Anwendung des § 2 StGB zu einer sachgerechten Lösung führen kann, zeigt die Tatsache, daß die Anhänger der strafrechtlichen Lösung unter Anwendung dieser Vorschrift zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, je nachdem, ob sie § 2 Abs. 2 Satz 2 oder § 2 Abs. 3 StGB entsprechend anwenden.

3. Es bleibt zu prüfen, ob die hier vertretene, aus dem Wesen der Strafe des § 890 ZPO abgeleitete Lösung - Straflosigkeit bei Aufhebung des Titels - praktikabel ist und der Interessenlage gerecht wird. Diese Frage ist zu bejahen. Die Interessen des Gläubigers werden nicht gefährdet, und die Wirksamkeit des Vollstreckungsverfahrens des § 890 ZPO wird nicht beeinträchtigt, wenn in solchen Fällen eine Straffestsetzung unterbleibt.

Die gegenteilige Argumentation des O L G F r a n k f u r t in der bereits angeführten Entscheidung [46] ist nicht überzeugend. Das Gericht befürchtet zu Unrecht, daß der Vollstreckungstitel insbesondere in der letzten Zeit seiner Geltungsdauer keine genügende Autorität besitzen würde. Es ist nicht ersichtlich, warum überhaupt einem Urteil, das vom Berufungsgericht als unrichtig aufgehoben oder abgeändert wird, eine "Autorität" zukommen soll und warum Zuwiderhandlungen gegen ein unrichtiges Urteil nach Feststellung der Unrichtigkeit eine Bestrafung erfordern sollen. Ein nicht bestehender Unterlassungsanspruch des Gläubigers kann nicht gefährdet und nicht verletzt werden. Das ist allenfalls dann möglich, wenn das den erstinstanzlichen Titel aufhebende Berufungsurteil oder das die einstweilige Verfügung im Widerspruchsverfahren aufhebende Urteil seinerseits unrichtig ist und im ersten Fall vom Revisionsgericht und im letzten Fall vom Berufungsgericht aufgehoben oder abgeändert wird. Wie soll aber der Schuldner eine solche Entwicklung und ein solches Ergebnis des Prozesses voraussehen können? Es kann daher nicht ernsthaft angenommen werden, daß der Schuldner in der Hoffnung auf eine ihm günstige, wenn auch sachlich unrichtige Entscheidung des Widerspruchs- oder Berufungsgerichts Zuwiderhandlungen begeht. Allerdings hat es - wie das Gericht weiter ausführt - der Schuldner unter Umständen in der Hand, das Straffestsetzungsverfahren durch Beweisanträge und Rechtsmittel hinauszuzögern. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß eine Bestrafung, wenn der Vollstreckungstitel aufgehoben wird, sachlich nicht mehr geboten erscheint, da durch das Berufungs- oder Widerspruchsurteil das Nichtbestehen eines Unterlassungsanspruchs festgestellt wird.

Demnach ist in den hier behandelten Fällen eine Bestrafung des Schuldners wegen der vor Wegfall des Titels begange-

---

46) NJW 1958, 2021 f; Seite 81 der Arbeit.

nen Zuwiderhandlung nicht zulässig. Eine bereits erfolgte Straffestsetzung muß auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hin aufgehoben werden.

4. Auch hier soll abschließend die Frage beantwortet werden, ob eine Bestrafung wegen einer vor Aufhebung des Titels begangenen Zuwiderhandlung wieder zulässig wird, wenn die das erstinstanzliche Urteil aufhebende Entscheidung ihrerseits aufgehoben oder abgeändert wird. Da damit der Vollstreckungstitel rückwirkend wiederhergestellt wird und eine Vollstreckung damit wieder zulässig ist, kann eine vor Aufhebung des Titels begangene Zuwiderhandlung nunmehr bestraft werden [47].

5. Hatte der Gläubiger bereits vor der Aufhebung oder dem sonstigen Wegfall des Vollstreckungstitels den Antrag auf Bestrafung des Schuldners gestellt, so fragt sich, wie nach Wegfall des Titels prozessual zu verfahren ist. Hält der Gläubiger den Strafantrag aufrecht, so ist der Antrag mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO zurückzuweisen. Der Gläubiger kann den Antrag zurücknehmen; in diesem Fall muß er die bis dahin entstandenen Kosten des Bestrafungsverfahrens tragen (analog § 271 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Daß der Gläubiger den Strafantrag zurücknehmen kann, dürfte nicht zweifelhaft sein. Der Antrag ist - wie bereits dargelegt wurde [48] - nichts anderes als der für jedes Vollstreckungsverfahren erforderliche Antrag und hat nichts mit dem Strafantrag des Strafrechts zu tun. Daher kann der Gläubiger über den Strafantrag disponieren, zumindest bis zur Rechtskraft eines bereits ergangenen Straffestsetzungsbeschlusses [49].

Zweckmäßig ist in den hier behandelten Fällen, daß die Parteien das Bestrafungsverfahren in der Hauptsache für erledigt erklären. Nach herrschender Lehre ist § 91 a ZPO auch im Ver-

---

47) Zöller, § 890 Anm. 1 c.

48) Seite 41 der Arbeit.

49) Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 3 A.

fahren der §§ 888 und 890 ZPO anwendbar [50]. Die Erledigungserklärung ist angebracht, wenn der Vollstreckungstitel im Widerspruchs- oder Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder infolge Abschlusses eines Prozeßvergleichs oder auf Grund einer Rücknahme der Klage oder des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wirkungslos geworden ist, ebenso wenn der Gläubiger es versäumt hat, die einstweilige Verfügung fristgerecht zu vollziehen oder die Klage in der Hauptsache zu erheben (§§ 936, 926 Abs. 2, 929 Abs 2 ZPO) [51].

6. Haben die Parteien das Bestrafungsverfahren für erledigt erklärt, so richtet sich die Kostenentscheidung nach § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, wobei, da es sich um ein Zwangsvollstreckungsverfahren handelt, die Grundsätze des § 788 Abs. 1 und 2 ZPO mitzuberücksichtigen sind [52]. Ist der Grund der Erledigung die Aufhebung des Vollstreckungstitels im Widerspruchs- oder Rechtsmittelverfahren oder die Rücknahme der Klage oder des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder die Versäumung der Vollziehung der einstweiligen Verfügung oder der Klageerhebung in der Hauptsache (§§ 936, 926 Abs. 2, 929 Abs. 2 ZPO), so sind die Kosten des Bestrafungsverfahrens dem Gläubiger aufzuerlegen [53]. Bildet ein Vergleichsabschluß das erledigende Ereignis, so empfiehlt es sich, die nach § 91 a ZPO zu treffende Kostenentscheidung an dem Inhalt des Vergleichs auszurichten, zum Beispiel die Kosten gegeneinander aufzuheben oder jeder Partei zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien in dem Vergleich in etwa Verpflichtungen gleichen Umfangs übernommen haben. Es ist nicht angebracht, die Kosten

---

50) Göppinger aaO, Seite 180.

51) Göppinger aaO, Seite 180.

52) Göppinger aaO, Seite 181.

53) Göppinger aaO, Seite 181.

danach zu verteilen, ob das vom Schuldner im "Unterlassungsprozeß" eingelegte Rechtsmittel voraussichtlich Erfolg gehabt hätte oder nicht. Es müßte sonst - nur um die Kosten eines Vollstreckungsverfahrens zu verteilen - die gesamte Sach- und Rechtslage des auf den Unterlassungsanspruch gerichteten Rechtsstreits überprüft werden.

§ 7
Das befristete Verbot und die einmalige Unterlassung

Die Fälle des befristeten Verbots und der einmaligen Unterlassung bieten erhebliche Schwierigkeiten, die an einigen Beispielen dargelegt werden sollen.

Beispiel 1: Dem Schuldner ist in einer einstweiligen Verfügung untersagt worden, in der Zeit vom 1.3.1969 bis 30. 9. 1969 eine bestimmte wettbewerbswidrige Reklame vorzunehmen. Er handelt dem Verbot zuwider, worauf der Gläubiger Strafantrag stellt. Bevor hierüber entschieden wird, läuft die Frist ab.

Beispiel 2: Über ein streitiges Rechtsverhältnis schwebt zwischen den Parteien ein Zivilprozeß. Wegen Gefährdung des streitigen Rechts erwirkt der Kläger eine einstweilige Verfügung, in der dem Beklagten bis zur endgültigen Erledigung des Hauptprozesses untersagt wird, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, die das den Streitgegenstand des Hauptprozesses bildende Recht verletzen könnte. Der Beklagte handelt dem Verbot zuwider, worauf der Kläger Strafantrag stellt. Vor einer Entscheidung wird der Hauptprozeß endgültig erledigt.

Beispiel 3: Der Antragsteller erwirkt gegen seinen Nachbarn eine einstweilige Verfügung, in der diesem untersagt wird, eine bestimmte Grenzmauer abzureißen. Der Antragsgegner reißt trotz des Verbots die Mauer ab; der Antragsteller stellt Strafantrag.

Beispiel 4: Der Inhaber eines chemischen Unternehmens erfährt, daß einer seiner leitenden Mitarbeiter (Schuldner) beabsichtigt, ein bestimmtes Fabrikationsgeheimnis einer Konkurrenzfirma zugänglich zu machen. Er erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung (mit Strafandrohung); der Schuldner verrät das Geheimnis, worauf der Unternehmer Strafantrag stellt.

I. Das befristete Verbot

In den Fällen des befristeten Verbots, in denen dem Unterlassungsschuldner nur für eine bestimmte Zeitspanne eine Handlung untersagt ist (Beispiele 1 und 2), wird nur selten

eine Bestrafung der Zuwiderhandlung nach Ablauf der Frist für unzulässig gehalten [54]. Nach der weitaus herrschenden Lehre ist dagegen eine Bestrafung zulässig [55]. Die hierzu gegebene Begründung ist verschieden. Teils wird eine "strafrechtliche" Betrachtungsweise vertreten, und zwar in dem Sinne, daß die Strafe als Sühne für das begangene Unrecht ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer weiteren Zuwiderhandlung festgesetzt werden müsse [56], wobei gelegentlich § 2 Abs. 3 StGB entsprechend angewandt wird [57]. Teils werden rein praktische Gründe angeführt: der Schuldner könne das Strafverfahren verzögern, bis die Frist abgelaufen sei, und auf diese Weise die Wirksamkeit der Strafandrohung erheblich abschwächen [58].

Wollte man aus der vollstreckungsrechtlichen Funktion der Strafe des § 890 ZPO rein schematisch die Schlußfolgerung ziehen, daß eine Straffestsetzung nicht zulässig sei, da eine Beugung des Schuldnerwillens nach Ablauf der Frist nicht mehr in Betracht komme, so würde man - wie ein Teil der Rechtsprechung zutreffend annimmt - zu praktisch unbrauchbaren Ergebnissen gelangen. Der rechtskundige Schuldner könnte durch

---

54) Baumbach-Lauterbach, 29. Aufl., 1966, § 890 Anm. 3 F; anders in der 30. Aufl.; Schultz, JW 1931, 3569 f, 3569; OLG Hamm MDR 1965, 585, = JMBlNRW 1965, 116; Förster-Kann, § 890 Anm. 5 b.

55) Wieczorek, § 890 Anm. C I b 3; Göppinger aaO, S. 180; Lüke aaO, S. 370; OLG Köln JW 1931, 3569 f; OLG München NJW 1960, 1726 f; OLG Düsseldorf OLGE 29, 256 f; OLG Frankfurt MDR 1962, 488; OLG Karlsruhe MDR 1957, 428.

56) OLG Köln JW 1931, 3569 f; OLG Düsseldorf OLGE 29, 256 f; OLG Karlsruhe MDR 1957, 428.

57) OLG München NJW 1960, 1726 f.

58) OLG Köln JW 1931, 3569 f (neben einer "strafrechtlichen" Begründung, vgl. Fußnote 56); OLG Frankfurt MDR 1962, 488.

prozeßtaktische Maßnahmen, zum Beispiel durch lange schriftsätzliche Ausführungen, durch unzutreffendes Bestreiten der gegnerischen Behauptungen, durch Berufen auf fehlendes Verschulden, durch ausgedehnte Beweisanträge und durch Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen einen ergangenen Straffestsetzungsbeschluß, die rechtskräftige Entscheidung über einen vom Gläubiger gestellten Strafantrag so hinauszögern, daß inzwischen die im Vollstreckungstitel festgesetzte Frist abgelaufen ist. Diese Gefahr würde insbesondere bei kürzeren Fristen bestehen, und sie würde sich gegen Ende der Frist erheblich vergrößern. Damit würde das Verbot praktisch wirkungslos und die Strafandrohung zu einer untauglichen Maßnahme werden.

In Wahrheit steht auch der Beugezweck der Strafe einer Bestrafung im Falle des befristeten Verbots gar nicht entgegen, sondern erfordert gerade eine solche. Stellt die Strafe eine p s y c h o l o g i s c h e Vollstreckungsmaßnahme dar, so muß, um ihre Wirkung zu sichern, der begangenen Zuwiderhandlung eine Bestrafung folgen. Andernfalls würde man den Schuldner zum Ungehorsam einladen, die Strafandrohung würde jeden Effekt verlieren, sie würde keinen psychologischen Druck mehr ausüben und damit als Beugemittel untauglich werden.[59].

Aus diesen Gründen ist mit der herrschenden Lehre eine Bestrafung nach Ablauf der Frist wegen der vorher begangenen Verstöße zu bejahen.

II. Die einmalige Unterlassung

Ähnlich wie beim befristeten Verbot ist die Sachlage bei einem Verbot, das eine einmalige Unterlassung betrifft und gegen das der Schuldner nur einmal zuwiderhandeln kann (Beispiele 3 und 4).

---

59) **Bettermann**, DVBl. 1969, 120 ff (120).

Das K a m m e r g e r i c h t hat in einer älteren Entscheidung [60] die Ansicht vertreten, daß die Strafe des § 890 ZPO nicht verhängt werden könne, um eine Zuwiderhandlung gegen ein Verbot zu strafen, wenn nicht damit gleichzeitig weitere Zuwiderhandlungen verhindert werden sollten; die Androhung von Strafen aus § 890 ZPO sei daher nicht brauchbar, wenn es sich darum handle, einmalige Handlungen zu verbieten, sie sei nur geeignet, bei dauernden Zuständen vor der Wiederholung von Zuwiderhandlungen zu schützen.

Diese Entscheidung ist - soweit ersichtlich - allein geblieben. Die einhellige Meinung hält das Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO auch im Falle der Verpflichtung zu einer einmaligen Unterlassung für anwendbar. Allerdings wird in der Mehrzahl der Fälle des § 890 ZPO ein Dauerzustand geregelt, so daß die Zuwiderhandlung - zumindest eine gewisse Zeit lang (befristetes Verbot) - wiederholbar ist. Dem Wortlaut des Gesetzes ist jedoch nicht zu entnehmen, daß die einmalige Unterlassung nicht von der Regelung des § 890 ZPO erfaßt werden sollte. Es bestehen auch keine sachlichen Gründe, diese Fälle aus dem Verfahren des § 890 ZPO auszuklammern und dem Gläubiger jede Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung zu versagen. Als Pendant stellt sich diese Frage im Falle des § 888 ZPO bei der Dauerverpflichtung; wie noch zu zeigen sein wird, ist dort die Problematik ungleich schwieriger.

Fällt also die einmalige Unterlassung unter § 890 ZPO, so ist damit noch nicht entschieden, ob eine Bestrafung zulässig ist, wenn der Schuldner die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung begeht, oder ob es dann bei der, wenn auch erfolglos gebliebenen Strafandrohung verbleiben muß, weil eine Beugung des Willens des Schuldners nicht mehr möglich ist.

Würde man eine Bestrafung ablehnen, so wäre das für den rechtskundigen Schuldner ein Anreiz, das Verbot zu ignorieren

---

60) OLGE 33, 127.

und den Gläubiger vor vollendete Tatsachen zu stellen, da er wüßte, daß er nicht bestraft werden kann, wenn er die verbotene Handlung begeht. Somit würde die Strafandrohung ihren psychologischen Zwangseffekt verlieren, sie wäre ein Schlag ins Leere, eine untaugliche Zwangsvollstreckungsmaßnahme, der Gläubiger wäre schutzlos [61]. Aus diesen Gründen ist der herrschenden Lehre, die eine Bestrafung für zulässig hält, zu folgen [62]. Der Beugezweck der Strafe des § 890 ZPO erfordert, nicht verhindert die Straffestsetzung.

---

61) Lüke aaO, S. 370.

62) Lüke aaO; Göppinger aaO, S. 180; LG Münster JMBlNRW 1958, 246 f.
Eine solche Fallgestaltung kann sich auch bei einem auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichteten Titel ergeben, wie die interessante Entscheidung des OVG Lüneburg zu § 172 VwGO (DVBl 1969 , 119 f) zeigt. Der Antragsgegnerin (AG.) war durch einstweilige Verfügung des Verwaltungsgerichts (VG) aufgegeben worden, dem Antragsteller (ASt.) am 15.12.1966 ab 18 Uhr die Sporthalle für eine politische Versammlung zur Verfügung zu stellen. Da die AG. der gerichtlichen Anordnung nicht nachkam, setzte das VG am selben Tag ein Zwangsgeld fest und benachrichtigte schließlich die AG. gemäß § 170 Abs. 2 VwGO, daß die Beitreibung des Zwangsgeldes beabsichtigt sei, und forderte sie auf, die Vollstreckung durch Zahlung abzuwenden. Auf die Beschwerde der AG. hob das OVG diesen Beschluß auf. Zur Begründung führte es aus, daß das Zwangsgeld eine Erzwingungsmaßnahme und keine irgendwie geartete Strafmaßnahme wegen Ungehorsams oder Verletzung einer allgemein mit "Zwangsgeld" bedrohten Gesetzes- oder Ordnungswidrigkeit sei. Da die Anordnung wegen Zeitablaufs nicht mehr vollzogen werden könne, dürfe auch das Zwangsgeld nicht mehr beigetrieben werden.

Der von Bettermann in einer Anmerkung geäußerten Kritik kann nur zugestimmt werden: " Die Entscheidung belohnt eklatanten Ungehorsam, verweigert dem Verletzten den effektiven Rechtsschutz, versagt dem richterlichen Urteil die Vollstreckung!"

Wenn Bettermann ausführt, das Zwangsgeld des § 172 VwGO dürfe nicht so gehandhabt werden, daß es seine Beugefunktion einbüße, das tue es aber, wenn man bei befristeten oder termingebundenen Ge- und Verboten die Vollstreckung der rechtzeitig festgesetzten Strafe nach dem Endtermin ablehne, obwohl die Festsetzung der Strafe den mit ihr bezweckten Erfolg nicht erreicht habe, so treffen diese Erwägungen auch bei § 890 ZPO zu mit der Abwandlung, daß natürlich hier die Strafe nicht schon vor dem Termin- oder Fristablauf, sondern erst nach begangener Zuwiderhandlung festgesetzt wird.

Es ist also keineswegs immer nötig, daß der Beugezweck im konkreten Fall noch erreichbar ist. Ist er das nicht mehr, so ist eine Bestrafung dann zulässig, wenn sie geboten erscheint, um die allgemeine Tauglichkeit dieses Vollstreckungsmittels und die allgemeine psychologische Wirkung der Strafandrohung zu wahren und zu sichern.

III. Wegfall des Vollstreckungstitels wegen des Fristablaufs oder wegen der Begehung der nur einmal möglichen Zuwiderhandlung

Oft wird es vorkommen, daß noch während des schwebenden Erkenntnisverfahrens die Frist des gerichtlichen Verbots abläuft oder der Schuldner die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung begeht. Das Verbot kann in einem Versäumnisurteil enthalten sein, gegen das der Schuldner Einspruch eingelegt hat, über den noch nicht entschieden ist. Der Schuldner kann gegen die das Verbot aussprechende einstweilige Verfügung Widerspruch eingelegt haben, über den eine Entscheidung noch aussteht. Schließlich kann auch das Berufungs- oder Revisionsverfahren über das Unterlassungsurteil noch anhängig sein.

Infolge des Fristablaufs oder der Begehung der nur einmal möglichen Zuwiderhandlung ist der Unterlassungsanspruch des Gläubigers erloschen, da er begrifflich die Möglichkeit einer Zuwiderhandlung voraussetzt. Aus dieser Rechtslage müssen die Parteien die Konsequenzen ziehen; sie können nicht trotz Wegfalls des Unterlassungsanspruchs das Erkenntnisverfahren weiter betreiben. Es wird daher in diesen Fällen entweder zu einer Erledigungserklärung oder zu einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO kommen. Trotz des Wegfalls des Vollstreckungstitels muß eine Straffestsetzung gegen den Schuldner zulässig bleiben. Es ist nicht einzusehen, warum die Frage nach der Zulässigkeit einer Bestrafung verschieden beantwortet werden soll, je nachdem, ob der Fristablauf oder die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung noch während des Schwebens des Erkenntnisverfahrens, also während des Einspruchs-, Widerspruchs-, Berufungs- oder Revisionsverfah-

rens, oder erst nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens erfolgt. Von solchen zeitlichen Zufälligkeiten kann die rechtliche Beurteilung nicht abhängen; das Verhalten des Schuldners ist in beiden Fällen gleich, und die Interessen des Gläubigers sind beide Male gleichermaßen gefährdet und schutzbedürftig.

§ 8

Wegfall des Vollstreckungstitels infolge Erledigungserklärung der Parteien oder durch Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO

I. Erledigungserklärung der Parteien

1. Ob dann, wenn die Parteien im Widerspruchs-, Einspruchs- oder Rechtsmittelverfahren den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären, eine vorher begangene Zuwiderhandlung des Schuldners noch bestraft werden kann, ist bestritten.[63]. Soweit die Gerichte eine Bestrafung trotz der Erledigungserklärung für zulässig halten, berufen sie sich zumeist auf die entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 Satz 1 StGB, wonach sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz bestimmt [64], oder des § 2 Abs. 3 StGB, wonach ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, auf die während seiner Geltung begangene Straftat auch dann anzuwenden ist, wenn es außer Kraft getreten ist [65].

Eine andere Begründung für die Zulässigkeit der Bestrafung hat in jüngster Zeit das O L G N ü r n b e r g gegeben [66].

---

63) Eine Bestrafung halten für zulässig:

OLG Nürnberg NJW 1967, 205 ff; OLG Hamburg MDR 1963, 420; OLG Frankfurt NJW 1962 542 f; OLG Celle NdsRpfl 1967, 203 f.

Eine Bestrafung halten für unzulässig:

OLG Hamm JMBlNRW 1959, 112, = JZ 1959, 413; OLG Stuttgart ZZP 68 (1955),478 f;KG GRUR 1953, 454 f;OLG München NJW 1954, 1412; OLG Stuttgart MDR 1961, 1021.

64) OLG Hamburg MDR 1963, 420.

65) OLG Frankfurt NJW 1962, 542 f.

66) NJW 1967, 205 ff.

Es hat ausgeführt, der Titel behalte seine Wirksamkeit für die Zeit bis zur Erledigungserklärung bei und könne daher Grundlage für eine Bestrafung wegen eines vor Abgabe der Erledigungserklärungen begangenen Verstoßes sein. Das Gericht will den Fall der Erledigung somit anders behandelt wissen als den Fall, daß der Vollstreckungstitel vom Berufungsgericht aufgehoben wird [67].

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die vom OLG Nürnberg getroffene Feststellung, daß die Rechtshängigkeit des Streitgegenstandes durch die Erledigungserklärungen nicht rückwirkend erloschen, sondern bis zu diesem Zeitpunkt bestehen geblieben sei, ist zwar richtig [68], rechtfertigt aber nicht die von dem Gericht gezogene Schlußfolgerung. Es kann nicht angenommen werden, daß der Vollstreckungstitel nach den Erledigungserklärungen für einen bestimmten Zeitraum wirksam geblieben sei, was aber Voraussetzung für eine Bestrafung wäre; eine solche beschränkte Wirksamkeit eines Vollstreckungstitels kennt das Prozeßrecht nicht [69].

Soweit die Gerichte eine Bestrafung für unzulässig halten, ist die Begründung verschieden.

Das O L G S t u t t g a r t [70] beruft sich darauf, daß die Bestrafung als ein Akt der Zwangsvollstreckung einen vollstreckbaren Titel verlange, die Erledigung aber wie eine Aufhebung des Titels wirke und im Falle der Aufhebung eine Bestrafung nicht mehr möglich sei.

Das O L G H a m m [71] meint, daß das "schutzwürdige Interesse" des Gläubigers an dem vom Hauptanspruch abhängigen Strafantrag entfallen sei, während das K a m m e r g e r i c h t - neben einer strafrechtlichen Begründung - für

---

67) Vgl. aaO, Seite 206, linke Spalte unten.
68) Göppinger aaO, Seite 179.
69) Göppinger aaO.
70) ZZP 68, 478 f; MDR 1961, 1021.
71) JMBlNRW 1959, 112. = JZ 1959, 413.

den Strafantrag ein Rechtsschutzinteresse verlangt, ein solches aber nicht für gegeben hält, wenn die Parteien den Rechtsstreit für erledigt erklären [72].

2. Haben beide Parteien nach Einlegung des Einspruchs gegen ein gegen den Beklagten ergangenes Versäumnisurteil oder im Berufungsverfahren oder bei einer einstweiligen Verfügung im Widerspruchsverfahren die Hauptsache für erledigt erklärt, so verliert damit das bereits ergangene Unterlassungsurteil oder die erlassene einstweilige Verfügung die Wirksamkeit, d.h. die Wirkung der Vollstreckbarkeit, ohne daß die Entscheidung ausdrücklich aufgehoben zu werden braucht (analog § 271 Abs. 3 Satz 1 ZPO) [73]. Auf Antrag kann zur Klarstellung ausgesprochen werden, daß die Entscheidung wirkungslos ist (analog § 271 Abs. 3 Satz 3 ZPO). Ist aber eine Entscheidung wirkungslos geworden, so ist dies einer Aufhebung der Entscheidung im Sinne des § 775 Nr. 1 ZPO gleichzuerachten [74]. Daraus folgt, daß nach Abgabe der Erledigungserklärungen eine Vollstreckung auf Grund eines vorher erlassenen Vollstreckungstitels nicht mehr zulässig ist. Da aber die Festsetzung einer Strafe nach § 890 ZPO ein Akt der Zwangsvollstreckung ist, kann sie nach der Erledigungserklärung nicht mehr erfolgen [75].

Die Anwendung strafrechtlicher Vorschriften und Grundsätze ist dogmatisch verfehlt, aber auch nicht erforderlich, um zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen. Es kann aber auch nicht befriedigen, eine Lösung über den Begriff des Rechtsschutzinteresses, zu dem wohl auch der von den Gerichten gebrauchte Begriff des "schutzwürdigen Interesses" zu zählen ist, zu suchen. Wenn die herrschende Lehre für den Strafantrag des § 890 ZPO ein Rechtsschutzinteresse verlangt [76], ist die Ver-

---

72) GRUR 1953, 454 f.
73) Göppinger aaO, Seite 178.
74) Göppinger aaO.
75) Lüke, JZ 1959, 370.
76) Rosenberg, S.1085; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. III 4; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm.3 G und H; Thomas-Putzo, § 890 Anm.2 a; KG GRUR 1956, 97 f;OLG Karlsruhe MDR 1954, 746;LG Essen MDR 1956, 492; OLG Schleswig SchlHA 1949, 86 f; OLG Frankfurt JW 1933, 1898; OLG Hamm NJW 1950, 113; AG Bensberg JMBlNRW 1958, 247 f; OLG Freiburg NJW 1953, 1718; LG Bonn MDR 1965, 304.

wendung dieses Begriffes im Zwangsvollstreckungsverfahren zumindest irreführend; sie ist geeignet, das Mißverständnis hervorzurufen, als sei ein zusätzliches Rechtsschutzinteresse erforderlich. Solange ein Vollstreckungstitel vollstreckungsrechtlich wirksam ist, kann er auch zwangsweise durchgesetzt werden [77]. Die Vollstreckungsorgane haben vor der Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme lediglich das Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (Titel, Klausel, Zustellung) und der besonderen Voraussetzungen (Sicherheitsleistung, Gegenleistung bei Zug-um-Zug-Verurteilung, Eintritt einer Bedingung usw.) zu prüfen; hierzu gehört nicht der Begriff des Rechtsschutzinteresses. Wollte man den Vollstreckungsorganen eine solche Prüfung auferlegen, so würden der Vollstreckungstitel und das Vollstreckungsverfahren ihre Wirksamkeit und ihre Durchschlagskraft verlieren. Was für das Vollstreckungsverfahren allgemein gilt, muß aber auch für das Verfahren nach § 890 ZPO Bedeutung haben, da es sich eben auch hier um ein Zwangsvollstreckungsverfahren handelt. Der Begriff des Rechtsschutzinteresses wird daher hier besser vermieden [78].

II. Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO

Nach §§ 936, 927 Abs. 1 ZPO kann eine einstweilige Verfügung wegen veränderter Umstände auf Antrag des Antragsgegners aufgehoben werden. Auch hier stellt sich die Frage, ob nach Aufhebung des Titels eine vorher begangene Zuwiderhandlung noch bestraft werden kann.

1. Im Schrifttum ist dieser Fall nur vereinzelt erwähnt, woraus wohl zu folgern ist, daß man diesen Fall nicht anders als die bisher dargestellten Möglichkeiten des Wegfalls des Vollstreckungstitels behandeln will. Auch sind nur wenige Gerichtsentscheidungen veröffentlicht worden, die diesen Fall betreffen.

---

77) Lüke, JZ 1959, 371.

78) Lüke aaO; Göppinger aaO, Seite 180; Mohrbutter, Seite 254; Schönke-Baur, Seite 167; Lüke-Bähr, JuS 1963, 283 ff (284, 285).

So hat das K a m m e r g e r i c h t eine Bestrafung nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung gem. § 927 ZPO nicht für zulässig gehalten [79]. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Zweck der Strafe des § 890 ZPO sei nur, den Schuldner für die Zukunft zur Unterlassung der verbotenen Handlung zu zwingen; sie dürfe daher nicht mehr ausgesprochen werden, wenn nichts mehr zu erzwingen sei, insbesondere wenn das Recht, zu dessen Schutz der Zwang dienen solle, erloschen sei.

Das O L G B r e s l a u hat eine Bestrafung nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung ebenfalls als unzulässig angesehen [80], ohne aber zu dem Problem grundsätzlich Stellung zu nehmen; es hält eine Strafe jedenfalls dann nicht mehr für möglich, wenn es der Gläubiger mit seinem Strafantrag lediglich darauf abgesehen habe, den Schuldner zu schädigen.

Das O L G N ü r n b e r g hat in der bereits zitierten Entscheidung [81], in der es um die Erledigung ging, auch zur Frage des § 927 ZPO Stellung genommen. Es hält eine Bestrafung nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 927 ZPO wegen vorher begangener Verstöße ebenso für zulässig wie im Falle der Erledigungserklärung und will damit diese beiden Fälle anders behandeln als diejenigen, in denen der Vollstreckungstitel auf Einspruch, Widerspruch oder Rechtsmittel hin rückwirkend aufgehoben wird. Es meint, daß bei der Erledigungserklärung und bei der Aufhebung nach § 927 ZPO die Wirksamkeit des Titels für die vergangene Zeit unangetastet bleibe und daß diese Wirksamkeit trotz ihrer zeitlichen Begrenzung die Ahndung solcher Zuwiderhandlungen ermögliche, die der Schuldner vor der Erledigung bzw. der Aufhebung gemäß § 927 ZPO begangen habe [82].

---

79) OLGE 1, 92 ff.
80) OLGE 23, 223 f.
81) NJW 1967, 205 ff; Seite 94 f der Arbeit.
82) AaO, S. 206.

2. Es wurde bereits ausgeführt [83], daß diese Begründung nicht zu überzeugen vermag. Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob - wie das OLG Nürnberg meint - Zwangsvollstrekkungsmaßnahmen, die auf Grund eines solchen Titels in der Vergangenheit vorgenommen und beendet wurden, ihre Wirksamkeit behalten; denkbar ist das ohnehin nur, wenn sich die geschuldete Leistung über einen gewissen Zeitraum erstreckt, also zum Beispiel die Verpflichtung zur Zahlung einer Unterhaltsrente (notdürftiger Unterhalt) oder zur Unterlassung einer nicht nur einmal begehbaren Handlung. Selbst wenn die vor der Erledigung oder der Aufhebung durchgeführten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wirksam bleiben sollten, läßt sich hieraus nicht die vom OLG Nürnberg angenommene Schlußfolgerung ziehen. Mit der Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 927 ZPO verliert der Titel für die Zukunft seine vollstreckungsrechtliche Wirkung; von dem Zeitpunkt der Aufhebung ab ist eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme nicht mehr zulässig. Faßt man die Straffestsetzung nach § 890 ZPO ausschließlich oder vorwiegend als Zwangsvollstreckungsmaßnahme zur Beugung des Schuldnerwillens auf - das OLG Nürnberg nimmt zum Wesen der Strafe nicht Stellung -, so muß im Zeitpunkt der Straffestsetzung ein wirksamer Titel vorliegen, was aber bei zuvor erfolgter Aufhebung nach § 927 ZPO nicht mehr der Fall ist. Man kommt - vertritt man nicht eine "strafrechtliche" Lösung - zu dem vom OLG Nürnberg angenommenen Ergebnis nur dann, wenn man trotz der Aufhebung des Titels (oder trotz Erledigung) diesem auch danach - nämlich bis zur Straffestsetzung - eine beschränkte vollstreckungsrechtliche Wirkung beimißt. Eine solche beschränkte Wirksamkeit eines Vollstreckungstitels auch nach seiner Aufhebung kennt aber das Prozeßrecht nicht [84].

Damit ist bereits dargelegt, zu welchem Ergebnis die hier vertretene rein vollstreckungsrechtliche Lösung führt. Da die Straffestsetzung nach § 890 ZPO eine reine Vollstreckungsmaßnahme zur Beugung des Schuldnerwillens darstellt, ist sie

---

83) Seite 95 der Arbeit.

84) Vgl. Göppinger, NJW 1967 177 ff (179); vgl. Seite 95 f der Arbeit.

nicht mehr zulässig, wenn der Vollstreckungstitel nicht mehr existent ist und eine Beugung nicht mehr in Betracht kommt [85]. Es darf auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.

III. Praktikabilität der gefundenen Lösung und Sonderfälle

Es bleibt zu prüfen, ob die hier vertretene, aus dem Wesen der Strafe des § 890 ZPO abgeleitete Lösung - Straflosigkeit bei Erledigungserklärung oder Aufhebung nach § 927 ZPO - den Interessen der Beteiligten gerecht wird.

1. Diese Frage ist für den Regelfall zu bejahen. Wenn der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt wird oder wenn die einstweilige Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO aufgehoben wird, ist der Unterlassungsanspruch durch das erledigende Ereignis, etwa durch den Auszug des Mieters, erloschen. Die Interessen des Gläubigers können dann aber nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß nach dem Erlöschen des Unterlassungsanspruchs eine Bestrafung für vorher beganene Zuwiderhandlungen unterbleibt. Da der Schuldner im Regelfall das erledigende Ereignis nicht voraussehen kann, ist nicht zu befürchten, daß er im Vertrauen auf die bald eintretende Veränderung der Sachlage gegen den Titel verstößt.

2. Die folgenden Beispiele zeigen jedoch, daß diese Feststellung nicht uneingeschränkt gilt.

Beispiel 1: Der Vermieter schikaniert seinen Mieter. Der Mieter erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung. Der Vermieter legt Widerspruch ein und setzt sein schikanöses Verhalten fort. Der Mieter stellt Strafantrag. Die Störungen werden schließlich so massiv, daß es der Mieter vorzieht, auszuziehen. Daraufhin erklären die Parteien das Verfahren der einstweiligen Verfügung in der Hauptsache für erledigt.

---

85) So Lüke, JZ 1959, 369 ff (370); Göppinger aaO, S. 179.

Beispiel 2: Wie Beispiel 1, die Parteien erklären das Widerspruchsverfahren jedoch nicht für erledigt, sondern der Vermieter stellt den Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO; das Gericht gibt dem Antrag statt.

Beispiel 3: Der Antragsteller (Pfleger) erwirkt eine einstweilige Verfügung, in der dem Antragsgegner verboten wird, ein schwachsinniges minderjähriges Mädchen aus einem bestimmten Heim zu entführen. Der Antragsgegner versucht eine Entführung, die mißlingt; er wird bestraft. Später gelingt es ihm, das Mädchen zu entführen; sie wird wieder ins Heim zurück gebracht. Er entführt sie noch am gleichen Abend. Wegen dieser Vorfälle lehnt das Heim nunmehr eine erneute Aufnahme des Mädchens ab. Die Parteien erklären das Verfahren der einstweiligen Verfügung, gegen die der Antragsgegner Widerspruch eingelegt hatte, in der Hauptsache für erledigt. Der Pfleger stellt wegen der letzten beiden Entführungen Strafantrag.

Beispiel 4: Wie Beispiel 3, die Parteien erklären das Widerspruchsverfahren jedoch nicht für erledigt, sondern der Antragsgegner stellt den Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO, nachdem die Heimleitung die Wiederaufnahme des Mädchens infolge der Vorfälle abgelehnt hat.

Beispiel 5: Der Mieter stört durch lautes Musizieren zur Nachtzeit die Ruhe seines Vermieters. Der Vermieter will nicht kündigen, sondern erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung. Der Mieter legt Widerspruch ein und setzt sein Verhalten fort, worauf der Vermieter Strafantrag stellt. Nunmehr kündigt der Mieter ordnungsgemäß zum Ablauf des übernächsten Monats. Dann zieht er aus, worauf die Parteien das Verfahren der einstweiligen Verfügung in der Hauptsache für erledigt erklären.

Beispiel 6: Wie Beispiel 5, das Widerspruchsverfahren wird jedoch nicht für erledigt erklärt, sondern der Mieter stellt einen Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO. Das Gericht hebt die einstweilige Verfügung auf [86].

---

86) Zwei weitere Sonderfälle sind bereits behandelt worden, nämlich die Fälle des befristeten Verbots und der nur einmal möglichen Zuwiderhandlung, wenn der Fristablauf oder die Begehung der nur einmal möglichen Handlung zur Erledigung der Hauptsache oder zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 927 ZPO führt.

Die Beispiele zeigen, daß die gleichen Ereignisse eine Erledigungserklärung der Parteien oder einen Aufhebungsantrag des Antragsgegners nach § 927 ZPO begründen können. Die Parteien haben also in solchen Fällen die Wahl, die Hauptsache für erledigt zu erklären [87] oder die einstweilige Verfügung zur Aufhebung zu bringen, wobei allerdings nur der Antragsgegner diesen Antrag stellen kann. Hat der Antragsgegner den Aufhebungsantrag gestellt, so kann der Antragsteller keine Erledigungserklärung mehr abgeben, da mit dem Aufhebungsantrag ein neues Verfahrensstadium beginnt, in dem die Frage der Rechtmäßigkeit der Anordnung der einstweiligen Verfügung nicht, auch nicht bei der Kostenentscheidung, geprüft wird [88].

Abgesehen von den Unterschieden in der Kostenentscheidung und im verfahrenstechnischen Ablauf haben die Erledigungserklärungen der Parteien und die Aufhebung nach § 927 ZPO - was ihre Wirkung auf den Vollstreckungstitel angeht - die gleiche Folge: mit den Erledigungserklärungen oder der Aufhebung entfällt der Vollstreckungstitel. Welches der beiden Verfahren gewählt wird, hängt von dem Belieben und den Überlegungen der Parteien ab.

Die Beispiele 1 bis 4 werden dadurch charakterisiert, daß die vorsätzlich begangene Zuwiderhandlung des Schuldners gegen den Vollstreckungstitel m i t t e l b a r die Erledigung des Rechtsstreits oder die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO herbeiführt: infolge des massiven widerspenstigen Verhaltens des Schuldners entschließt sich der

---

87) "Hauptsache" bedeutet hier - was die Erledigung anbelangt - natürlich etwas anderes als in §§ 919, 926 Abs. 1, 927 Abs. 2, 937 Abs.1, 942 Abs.1, 943 ZPO. Der Streitgegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist ein anderer als derjenige der Hauptsache im Sinne dieser zitierten Vorschriften. Streitgegenstand der einstweiligen Verfügung ist der prozessuale Anspruch auf Sicherung dieses Rechts in dieser Verfahrensart (Göppinger, ZZP 70, 423 ff, 426).

88) Göppinger, ZZP 70, 432, 433.

Mieter zum Auszug bzw. die Heimleitung dazu, das Mädchen nicht mehr aufzunehmen. Nicht die Zuwiderhandlung selbst, sondern die sich daran anschließende tatsächliche Veränderung der Verhältnisse (der Auszug des Mieters bzw. die ablehnende Haltung der Heimleitung) bildet das erledigende oder das die Aufhebung nach § 927 ZPO bewirkende Ereignis. In den Beispielen 1 und 2 hätte es der Vermieter - wollte man eine Bestrafung ablehnen - in der Hand, einen ihm ungenehm gewordenen Mieter zum Auszug zu bewegen, ohne eine Bestrafung für seine Verstöße gegen das gerichtliche Verbot befürchten zu müssen, da nach erfolgtem Auszug infolge der Erledigung oder Aufhebung des Titels eine Bestrafung nicht mehr zulässig wäre.

Typisch für die Beispiele 5 und 6 ist, daß der Schuldner das erledigende Ereignis auf längere Zeit hin mit Sicherheit voraussehen kann. Er könnte nach erfolgter Kündigung in den Monaten bis zu seinem Auszug ohne jede Hemmung dem Titel zuwiderhandeln, da die Erledigung oder die Aufhebung nach § 927 ZPO und damit das Unzulässigwerden einer Bestrafung vorauszusehen sind. Eine Versuchung für den rechtskundigen Schuldner, den Titel völlig zu ignorieren! Die beiden Fälle ähneln dem befristeten Verbot.

3. Es zeigt sich also, daß die aus dem Wesen der Strafe des § 890 ZPO abgeleitete Lösung in den hier genannten Fällen nicht brauchbar ist und eine Korrektur erfahren muß. Das O L G C e l l e hat sich in einer bemerkenswerten Entscheidung [89] mit dieser Problematik auseinandergesetzt und ausgeführt:

> Ein Vollstreckungstitel verliere zwar durch die übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien grundsätzlich seine Wirkung. Trotz der Erledigungserklärung sei eine Bestrafung jedoch zulässig, wenn gerade die Zuwiderhandlung des Schuldners gegen den Titel die Erledigungserklärungen herbeigeführt habe. Es bestehe die Gefahr, daß der Schuldner die Strafandrohung nicht mehr ernst nehme, wenn er die die Erledigung bewirkenden Umstände nicht nur voraussehen könne, sondern sogar sie herbeizuführen imstande sei.

---

89) NdsRpfl 1967, 203 f.

Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen. Es bleibt zu prüfen, ob sich die in diesen Ausnahmefällen vom Ergebnis her gefundene Lösung dogmatisch fundieren läßt. Allerdings vermag kein noch so verwerfliches Vernalten des Schuldners dem Vollstreckungstitel wieder eine Wirksamkeit zu verleihen und die Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung wiederherzustellen. Auch besteht kein Anlaß, nunmehr zu einer strafrechtlichen Betrachtungsweise zu greifen. Die einzige befriedigende Lösung ist der von L ü k e gezeigte Weg [90]. L ü k e weist für die Fälle, in denen der Schuldner unmittelbar durch seine vorsätzliche Zuwiderhandlung die Voraussetzungen der §§ 767 oder 927 ZPO herbeiführt, darauf hin, daß sich der Schuldner die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s entgegenhalten lassen müsse. Es sei ein Hohn auf die Gerechtigkeit, wollte man ihm gestatten, sich unter Berufung auf sein schuldhaftes Verhalten vor der Strafe zu drücken; auf diesem Weg über Treu und Glauben gelangt L ü k e zu einer Bestrafung des Schuldners [91]. Diese Erwägungen müssen im gleichen Maße auch bei der Erledigung der Hauptsache und bei der Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO gelten.

Eine Straffestsetzung ist demnach in Ausnahmefällen trotz Erledigung der Hauptsache oder trotz Aufhebung des Titels zulässig, und zwar:

a) wenn der Schuldner durch eine vorsätzliche Zuwiderhandlung unmittelbar oder auch mittelbar die die Erledigung oder Aufhebung des Titels bewirkenden Umstände herbeiführt und die Verhältnisse ausreichen, um die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s zu begründen;

b) wenn der Schuldner die Zuwiderhandlung im Hinblick auf die mit Sicherheit zu erwartende und voraussehbare Erledigung oder Aufhebung des Titels begeht.

---

90) JZ 1959, 371.

91) Vgl. auch Göppinger aaO, Seite 180, Fußnote 47.

4. Es erscheint erforderlich, in diesem Zusammenhang näher auf die von G ö p p i n g e r vertretene Meinung einzugehen. Er vertritt die Auffassung [92], daß eine Bestrafung dann zulässig sein müsse, wenn der Schuldner sich in so massiver Weise über die gerichtliche Anordnung hinweggesetzt habe, daß eine neue Sachlage eingetreten sei und weitere Zuwiderhandlungen nicht in Betracht kämen. Dies deckt sich mit der hier vertretenen Meinung. G ö p p i n g e r meint aber weiter, daß, wenn die zugrundeliegende Entscheidung eine einstweilige Verfügung sei und wenn der Schuldner nunmehr auf Grund der veränderten Sachlage die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 927 ZPO beantrage, um die Bestrafung zu hintertreiben, schon dem Aufhebungsantrag und einem eventuellen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s bis zur Rechtskraft des Bestrafungsbeschlusses entgegenstehe [93].

Nach der Ansicht Göppingers muß also schon der Aufhebungsantrag zurückgewiesen werden, so daß diese Frage nicht im Bestrafungsverfahren geprüft zu werden braucht; da der Vollstreckungstitel hiernach - zumindest bis zur Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses - bestehen bliebe, könnte die Strafe ohne weitere Bedenken festgesetzt werden.

Da Göppinger nicht danach unterscheidet, ob noch während des Erkenntnisverfahrens - also während des Widerspruchs-, Einspruchs- oder Berufungsverfahrens - oder erst nach dessen Abschluß die Veränderung der Sachlage eintritt und der Aufhebungsantrag gestellt wird, muß angenommen werden, daß er beide Fälle gleich behandeln will.

Tritt die Veränderung der Sachlage noch während des Erkenntnisverfahrens ein, so kann der Gläubiger dieses Verfahren, bei dem es um den sachlichrechtlichen Duldungs- oder Unterlassungsanspruch geht, nicht mehr, auch nicht mehr für eine gewisse Zeitspanne (bis zur Rechtskraft des Bestrafungs-

---

92) NJW aaO, Seite 180.

93) AaO, Seite 180, Fußnote 47.

beschlusses), weiterbetreiben, da der Anspruch erloschen ist. Er muß das Erkenntnisverfahren entweder für erledigt erklären oder er muß sich auf den vom Schuldner gestellten Aufhebungsantrag (§ 927 ZPO) einlassen, d.h. ihn anerkennen. Auch die vom Schuldner gezeigte Böswilligkeit vermag an dem Erlöschen des materiellrechtlichen Anspruchs nichts zu ändern. Es geht nicht an, das Erkenntnisverfahren nur deshalb weiterzuführen, weil vielleicht noch eine Bestrafung des Schuldners in Betracht kommen könnte. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO läßt die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Anordnung unberührt und verneint nur die Rechtmäßigkeit ihrer Fortdauer [94]. Es läßt sich aber nicht leugnen, daß mit einer Veränderung der Umstände im Sinne des § 927 ZPO, also wenn in den hier interessierenden Fällen der Verfügungsanspruch entfallen ist, weil weitere Zuwiderhandlungen nicht zu besorgen sind, die einstweilige Verfügung für die Zukunft nicht mehr gerechtfertigt ist und keinen Bestand mehr haben kann, auf welchen Gründen die Veränderung der Sachlage auch immer beruhen mag.

Es kann nichts anderes gelten, wenn die Veränderung der Umstände erst nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens, etwa nach Rechtskraft der durch Urteil ergangenen einstweiligen Verfügung, eintritt. Ob die Veränderung vorher oder nachher erfolgt, hängt vom Zufall ab; eine unterschiedliche Beurteilung in dem Sinne, daß einmal der Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO zulässig, das andere Mal unzulässig ist, kann nicht gerechtfertigt sein. Andernfalls könnte der Schuldner einer Zurückweisung seines Aufhebungsantrages dadurch entgehen, daß er gegen die in Beschlußform ergangene einstweilige Verfügung Widerspruch einlegt, den er sonst vielleicht nicht eingelegt hätte, oder daß er - wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist - gegen das Urteil Berufung einlegt, nur um dann - was möglich ist [95] - einredeweise den Antrag nach § 927 ZPO zu stellen.

---

94) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 927 Anm. I.
95) Baumbach-Lauterbach, § 927 Anm. 3 C.

Der Schuldner kann mit seinem Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zur Entscheidung über seinen Aufhebungsantrag verbinden. Zwar sieht § 927 ZPO einstweilige Maßnahmen wie etwa §§ 769, 717, 707 ZPO nicht vor. Es handelt sich hierbei aber um eine Gesetzeslücke, die durch entsprechende Anwendung des § 924 Abs. 3 ZPO auszufüllen ist [96]. Stellt der Schuldner in einem Falle, in dem ausnahmsweise eine Straffestsetzung zulässig bleibt, einen solchen Antrag, so erscheint es angebracht, bereits diesen Antrag zurückzuweisen; insoweit kann der Ansicht G ö p p i n g e r s , das die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s entgegenstehe, gefolgt werden, auch wenn dem Aufhebungsantrag des Schuldners stattzugeben sein wird. Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kann nur die vor der Veränderung der Sachlage begangene Zuwiderhandlung betreffen, da danach eine Zuwiderhandlung nicht mehr möglich ist. Ist aber wegen dieser Zuwiderhandlung noch eine Straffestsetzung möglich, auch wenn die einstweilige Verfügung gemäß § 927 ZPO aufgehoben werden wird, so kann dem Einstellungsantrag des Schuldners nicht stattgegeben werden. Stellt das Gericht trotzdem ein, so kann das eine Bestrafung des Schuldners nicht hindern [97].

IV. Die Abwicklung eines bereits eingeleiteten Straffestsetzungsverfahrens

Haben die Parteien das Erkenntnisverfahren für erledigt erklärt oder ist die einstweilige Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO aufgehoben worden und liegt keiner der Ausnahmefälle vor, in denen eine Bestrafung zulässig bleibt, so ist es angebracht, das bereits eingeleitete Straffestsetzungsverfahren für erledigt zu erklären [98]. Schließt sich der Schuldner an, so ist bei der nach § 91 a ZPO zu treffenden Kostenentscheidung zunächst zu prüfen, ob der Strafantrag begründet gewesen wäre,

---

96) Baumbach-Lauterbach, § 927 Anm.4; Lüke, JZ 1959, 371.
97) Lüke aaO, Seite 371.
98) Göppinger, NJW 1967, 177 ff (180).

wenn die Erledigung oder Aufhebung nicht eingetreten wäre. Trifft zum Beispiel den Schuldner an der Zuwiderhandlung kein Verschulden, so sind die Kosten des Bestrafungsverfahrens dem Gläubiger aufzuerlegen. Wäre der Strafantrag begründet gewesen, so sind auch die Ereignisse, die die Erledigung oder die Aufhebung herbeigeführt haben, zu berücksichtigen. Hat allein der Gläubiger die Veranderung der tatsächlichen Verhältnisse herbeigeführt, die zur Folge hat, daß weitere Zuwiderhandlungen gegen den Titel nicht mehr in Betracht kommen, so sind die gesamten Umstände, insbesondere die Beweggründe des Gläubigers, zu beachten [99].

§ 9

Der Vollstreckungstitel wird durch Veränderung der Verhältnisse "gegenstandslos"

Als letzte bleibt die wohl schwierigste und umstrittenste Fallgruppe zu erörtern, die alle diejenigen Fälle umfaßt, in denen sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens so verändert haben, daß eine Beugung des Schuldnerwillens im Sinne des Titels nicht mehr in Betracht kommt. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung werden diese Fälle gelegentlich mit der Formulierung gekennzeichnet, daß der Vollstreckungstitel "gegenstandslos" [100] oder ihm "die Grundlage entzogen" [101] werde.

Zur Verdeutlichung seien auch hier einige Beispiele angeführt.

Beispiel 1 [102]: Der Beklagte ist unter Strafandrohung rechtskräftig verurteilt worden, den Einzug des Klägers zu dulden. Der Kläger versucht, die Wohnung zu beziehen, was aber am Widerstand des Beklagten scheitert. Daraufhin stellt er Strafantrag. Bevor hierüber entschieden wird, gelingt dem Kläger der Einzug.

---

99) Göppinger aaO, Seite 181.
100) Kuhnt, DR 1941, 2376.
101) AG Bensberg JZ 1959, 368.
102) LG Bonn MDR 1965, 304 f.

Beispiel 2: Dem Beklagten ist rechtskräftig unter Strafandrohung untersagt worden, eine bestimmte Firmenbezeichnung zu führen. Er benutzt die Firma weiter, worauf der Kläger Strafantrag stellt. Inzwischen gibt der Beklagte sein Unternehmen auf.

Beispiel 3: Der Mieter stört durch lautes Musizieren zur Nachtzeit die Ruhe des Hauses. Der Vermieter will nicht kündigen, sondern erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung. Der Mieter setzt sein Verhalten fort; zudem kündigt er ordnungsgemäß zum Ablauf des übernächsten Monats. Zu diesem Zeitpunkt zieht er aus. Der Vermieter stellt Strafantrag.

Beispiel 4 [103]: Ein schwachsinniges Mädchen ist in einem Heim untergebracht. Der Antragsgegner versucht, das Mädchen aus dem Heim zu entführen. Der Pfleger erwirkt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung. Nachdem der Antragsgegner das Mädchen wiederholt entführt, lehnt das Heim die nochmalige Aufnahme des Mädchens wegen der letzten Vorfälle ab. Der Pfleger stellt Strafantrag.

Hierher gehören an sich auch die Fälle der einmaligen Unterlassung und des befristeten Verbots, wenn nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens der Schuldner die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung begeht oder die Frist abläuft. Diese beiden Fälle wurden wegen ihrer besonderen Gestaltung bereits besprochen.

Die angeführten Beispiele unterscheiden sich von den in §§ 6 und 8 behandelten Fällen darin, daß dort der Vollstrekkungstitel oder zumindest seine Vollstreckbarkeit aufgehoben worden ist, etwa durch eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, durch Aufhebung oder Abänderung des Titels im Berufungsverfahren, durch Vergleichsabschluß oder Erledigungserklärungen der Parteien oder durch Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 927 ZPO, während hier der Vollstrekkungstitel weiter bestehen bleibt, aber der dem Titel zugrundeliegende materiellrechtliche Unterlassungs- oder Duldungsanspruch des Gläubigers erloschen ist. So ist im Beispiel 1 der Duldungsanspruch des Mieters durch Erfüllung erloschen. In den Beispielen 2 bis 4 ist der Unterlassungsanspruch ebenfalls erloschen, denn er setzt begrifflich die Möglichkeit der Zuwiderhandlung voraus [104]. Ist aber eine Zuwiderhandlung

103) AG Bensberg JMBlNRW 1958, 247 f, = JZ 1959, 368.
104) Lüke, JZ 1959, 369 ff (371).

durch eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht mehr möglich, so besteht auch der Unterlassungsanspruch nicht mehr.

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen

Die Frage, ob die Bestrafung eines zuvor begangenen Verstoßes noch zulässig ist, nachdem der Vollstreckungstitel "gegenstandslos" geworden ist, ist in Schrifttum und Rechtsprechung lebhaft umstritten; die gegebenen Begründungen sind vielfältig.

1. Zumeist wird versucht, diese Fälle mit Hilfe des Rechtsschutzinteresses zu lösen, wobei in der Regel die Formulierung gebraucht wird, der Gläubiger müsse ein "schutzwürdiges Interesse an der Bestrafung des Schuldners" haben.

Hierbei wird teils die Ansicht vertreten, daß das schutzwürdige Interesse zur Zeit der Zuwiderhandlung vorliegen müsse, der spätere Wegfall dagegen unerheblich sei, so daß eine Strafe festgesetzt werden könne, auch nachdem der Titel gegenstandslos geworden sei [105]. Überwiegend wird jedoch verlangt, daß im Zeitpunkt der Entscheidung über den Strafantrag ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers bestehe; ein solches wird verneint und damit eine Bestrafung für unzulässig gehalten, wenn inzwischen der Unterlassungs- oder Duldungsanspruch erloschen ist [106]. Gelegentlich wird auch darauf abgestellt, ob der Gläubiger selbst zu erkennen gebe, daß kein schutzwürdiges Interesse mehr bestehe, so etwa im Falle des Verzichts oder Vergleichs, nur dann soll eine Bestrafung nicht mehr erfolgen können [107].

---

105) OLG Karlsruhe MDR 1954, 746; MDR 1957, 428, mit Anmerkung von Kersten; OLG Hamburg MDR 1968, 1019 f(1019); Rosenberg S. 1085; Thomas-Putzo, § 890 Anm. 2 a.

106) OLG Köln MDR 1956, 493; KG GRUR 1956, 97 f, mit Anmerkung vom Beier; LG Essen MDR 1956, 492 f; OLG Frankfurt JW 1933, 1898 f; OLG Hamm NJW 1950, 113; LG Bonn MDR 1965, 304 f; OLG Schleswig SchlHA 1949, 86 f; OLG Hamm Rpfleger 1950, 90 f; Zöller, § 890 Anm. 1 c.

107) Sydow-Busch, § 890 Anm. 2 C.

Das A m t s G B e n s b e r g [108] hält ebenfalls das schutzwürdige Interesse des Gläubigers für entscheidend und verneint eine Bestrafung, wenn sich die Hauptsache unabhängig von einer Zuwiderhandlung des Schuldners erledigt. Es will aber den Schuldner dann bestrafen, wenn er gerade durch seine Zuwiderhandlung dem Vollstreckungstitel "die Grundlage entzogen" hat.

2. Viele halten eine Bestrafung auf Grund einer "strafrechtlichen" Betrachtungsweise für zulässig, weil die Strafe des § 890 ZPO als "wirkliche" und "echte" Strafe der Sühne und der Ahndung des vom Schuldner gezeigten Ungehorsams diene und folglich festgesetzt werden müsse, auch wenn der materiellrechtliche Anspruch inzwischen erloschen sei [109]. Hierbei wird zuweilen die Ansicht vertreten, daß in denjenigen Fällen, in denen kein öffentliches Interesse mehr an der Bestrafung des Schuldners bestehe, nach §§ 153 ff StPO von einer Bestrafung abgesehen werden könne [110].

Das O L G F r a n k f u r t [111] hält eine Bestrafung für zulässig mit der Begründung, daß die Verhängung der Strafe eine Ergänzung der Strafandrohung sei und daher noch vorgenommen werden könne, wenn das zu schützende Interesse des Gläubigers nicht mehr bestehe. Den Umstand, daß die Straffestsetzung nicht mehr die Wirkung haben könne, den Willen des Schuldners zu beugen, und die damit verbundene "scheinbare Härte" will das Gericht bei der Strafzumessung berücksichtigen (!).

---

108) JMBlNRW 1958, 247 f, = JZ 1959, 368.

109) KG OLGE 17, 343 ff; OLG Dresden OLGE 23, 224 f; OLG Karlsruhe OLGE 27, 179 f; Schönke-Baur, S. 167; Mohrbutter, S. 254; Bendix, JW 1923, 364 f; Petermann, Rpfleger 1959, 309 ff (312).

110) Mohrbutter aaO.

111) OLGE 16, 316 f.

M e y e r , der die Strafe des § 890 ZPO als einen Ersatz für die im deutschen Recht fehlende Bestrafung des "contempt of court" ansieht und ihren Zweck im Schutze der Autorität des Gerichts erblickt, hält eine Bestrafung für zulässig, auch wenn sich die "Motivlage" geändert hat [112].

3. Häufig wird die Meinung vertreten, daß der Umstand, daß der Unterlassungs- oder Duldungsanspruch erloschen sei, nur durch Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) und Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 769 ZPO), bei einer einstweiligen Verfügung durch Antrag auf Aufhebung (§§ 936, 927 ZPO) undauf eine den §§ 769, 924 III ZPO entsprechende Anordnung geltend gemacht werden könne [113].

L ü k e will von diesem Grundsatz eine Ausnahme dann machen und eine Bestrafung des Schuldners trotz einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung bzw. trotz Wegfalls des Titels nach § 927 ZPO oder seiner Vollstreckbarkeit zulassen, wenn der Schuldner unmittelbar durch seinen vorsätzlichen Verstoß die Voraussetzungen der §§ 767, 927 ZPO herbeigeführt hat [114].

L ü k e hält in solchen Fällen die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s für gegeben.

G ö p p i n g e r will bei einer solchen Fallgestaltung schon den Antrag des Schuldners auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 769 ZPO) oder den Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO wegen der e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s zurückweisen [115].

---

112) MDR 1956, 577 f.

113) Kuhnt, DR 1941, 2369 ff (2376); Lüke, JZ aaO, S. 371; Lüke-Bähr, JuS 1963, 283 ff (286); Wieczorek, § 890 Anm. C I b 3; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. II 3; Schultz, JW 1931, 3569 f; Falkmann-Mugdan, S. 956; Förster-Kann, § 890 Anm. 5 b; Göppinger aaO, S. 179, unter 2 b cc.

114) Lüke, JZ aaO, S. 371; Lüke-Bähr, JuS aaO, S. 287, unter 27.

115) NJW aaO, S. 180, Fußnote 47.

4. Zuweilen wird auch die Bestrafung für zulässig [116] oder für unzulässig [117] gehalten, ohne daß hierfür eine nähere Begründung gegeben wird.

II. Lösungsversuch auf der Grundlage der hier vertretenen "rein vollstreckungsrechtlichen" Behandlung des § 890 ZPO

Bei dem Versuch, die verwirrende Fülle von Meinungen zu sondieren, ist zunächst erforderlich, die zwei grundlegenden Fragen herauszustellen. Das ist einmal die Frage, ob der Schuldner überhaupt noch bestraft werden kann, nachdem der Vollstrekkungstitel "gegenstandslos" geworden und eine Beugung des Schuldnerwillens nicht mehr möglich ist. Ist eine Bestrafung nicht mehr zulässig, so ergibt sich das weitere Problem, ob der Umstand daß der materiellrechtliche Duldungs- oder Unterlassungsanspruch erloschen ist, unmittelbar im Straffestsetzungsverfahren berücksichtigt werden kann oder ob zunächst die Vollstreckungsgegenklage erhoben oder der Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 927 ZPO gestellt und eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden muß.

1. Die Zwecklosigkeit einer trotz Erlöschens des Anspruchs festgesetzten Strafe

Was die erste Frage angeht, also die Frage, ob nach dem Erlöschen des sachlichen Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs überhaupt noch eine Bestrafung des Schuldners in Betracht kommen kann, so kann hier keine andere Entscheidung möglich sein als in den bereits behandelten Fällen, in denen der Wegfall des Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs noch während der Rechtshängigkeit des Erkenntnisverfahrens eintritt und zur Erledigungserklärung des Erkenntnisverfahrens oder zur Aufhebung der

---

116) Seuffert-Walsmann, § 890 Anm. 3.

117) Freudenthal-Sauerländer, § 890 Anm. 7 c.

einstweiligen Verfügung nach § 927 ZPO führt. Ob die Veränderung der Sachlage vor oder nach dem Abschluß des Erkenntnisverfahrens erfolgt, hängt vom Zufall ab, eine hierauf beruhende unterschiedliche Behandlung ist nicht gerechtfertigt.

Es müssen hier folglich alle Erwägungen gelten wie bei der Erledigung des Erkenntnisverfahrens oder bei der Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 927 ZPO noch während des Widerspruchs- oder des Berufungsverfahrens. Da die Straffestsetzung ausschließlich eine Vollstreckungsmaßnahme bildet und auf die Beugung des Schuldnerwillens gerichtet ist, hat sie keinen Sinn mehr, wenn der Unterlassungs- oder Duldungsanspruch erloschen ist.

Es ist auch hier systemwidrig, diese Fälle mit Hilfe des schutzwürdigen Interesses des Gläubigers an der Bestrafung zu lösen. Wie bereits ausgeführt wurde, ist für die Prüfung eines besonderen Rechtsschutzinteresses im Zwangsvollstreckungsverfahren kein Raum [118]. Besonders deutlich wird das in denjenigen Fällen, in denen die Veränderung der Sachlage darin besteht, daß der Duldungsanspruch erfüllt wird, nachdem zunächst eine Zuwiderhandlung gegen den Titel begangen worden ist [119]; auch diese Fälle werden von der Rechtsprechung mit dem schutzwürdigen Interesse gelöst [120].

Für eine von einer Partei beabsichtigte Rechtsverfolgung kann das Rechtsschutzinteresse fehlen, weil es vielleicht einen einfacheren oder billigeren Weg zur Sicherung oder Befriedigung des Anspruchs gibt oder weil aus anderen Gründen der eingeschlagene Weg der Rechtsverfolgung nicht erforderlich erscheint. Das Rechtsschutzinteresse kann aber nicht deshalb

---

118) Vgl. die in Fußnote 78), Seite 97, Genannten.

119) Vgl. Beispiel 1, Seite 108.

120) LG Bonn aaO; OLG Schleswig aaO.

fehlen, weil der materiellrechtliche Anspruch nicht oder nicht mehr besteht [121], etwa weil er erfüllt worden ist. Eine trotz Erfüllung des Anspruchs erhobene Klage wird als unbegründet abgewiesen, nicht wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses als unzulässig. Gegen eine trotz Erfüllung des titulierten Anspruchs betriebene Zwangsvollstreckung kann sich der Schuldner zur Wehr setzen, aber nicht weil das Rechtsschutzinteresse entfallen, sondern weil der materiellrechtliche Anspruch erloschen ist. Nichts anderes kann im Verfahren nach § 890 ZPO gelten. Im übrigen darf auf die früheren Ausführungen verwiesen werden [122].

2. Sonderfälle

Hat also eine Straffestsetzung in den hier interessierenden Fällen grundsätzlich keinen Sinn mehr, so müssen auch hier Ausnahmen gelten. Auch hier kann eine Straffestsetzung weiterhin Bedeutung haben, wenn der Schuldner durch eine vorsätzliche Zuwiderhandlung mittelbar oder unmittelbar die Veränderung der Sachlage herbeiführt und wenn die Umstände ausreichen, um die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s zu begründen. In dem Beispiel 4 [123] kann daher der Schuldner auf Antrag des Gläubigers bestraft werden [124]. Ebenso ist eine Bestrafung angebracht, wenn der Schuldner die Zuwiderhandlung im Hinblick auf die mit Sicherheit zu erwartende und voraussehbare Veränderung der Sachlage begeht, also im Beispiel 3. Zur näheren Begründung darf auf die früheren Ausführungen verwiesen werden [125].

---

121) Baumbach-Lauterbach, Grundz.5 A vor § 253; vgl. auch BGH GRUR 1960, 384 ff (386), unter II a.E.

122) Seite 97 der Arbeit.

123) Seite 109 der Arbeit.

124) Im Ergebnis wie hier Lüke, JZ 1959, 369 ff.

125) Seite 103 und 104 der Arbeit.

Im übrigen verbleibt es bei dem Grundsatz, daß eine Strafe keine Wirkung und keinen Sinn mehr haben kann, wenn der Voll - streckungstitel durch Erlöschen des Duldungs- oder Unterlas - sungsanspruchs "gegenstandslos" geworden ist [126].

3. Die vom Schuldner erhobene Vollstreckungsabwehrklage

Fraglich ist, was zu geschehen hat, wenn in denjenigen Fällen, in denen trotz Wegfalls des Duldungs- oder Unterlassungsan - spruchs eine Bestrafung des Schuldners zulässig bleibt, der Schuldner die auf Wegfall des Anspruchs gestützte Vollstrek - kungsgegenklage erhebt. Die Fälle, in denen eine einstweilige Verfügung den Vollstreckungstitel bildet und ein Aufhebungsan- trag nach § 927 ZPO gestellt wird, wurden bereits behandelt [127]. Es wurde festgestellt, daß nur der Antrag auf einstweilige Ein- stellung der Zwangsvollstreckung, nicht aber der Aufhebungsan - trag nach §§ 936, 927 ZPO wegen der e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s zurückgewiesen werden kann [128].

G ö p p i n g e r führt aus, daß, wenn der Schuldner in sol- chen Fällen Vollstreckungsabwehrklage mit dem Begehren erhebe, die Vollstreckung aus der dem Bestrafungsantrag des Gläubigers zugrundeliegenden Entscheidung für unzulässig zu erklären, und mit der Begründung, eine Zuwiderhandlung gegen diese Entschei - dung komme nicht mehr in Betracht, sein nach § 769 ZPO gestellter Einstellungsantrag zurückgewiesen werden müsse, weil dem Antrag die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s entge- genstehe [129]. G ö p p i n g e r hält offensichtlich nur

126) Beispiele 1 und 2 Seite 108 f der Arbeit.

127) Seite 105 ff der Arbeit.

128) Bei der einstweiligen Verfügung ist eine Vollstreckungsklage nach § 767 ZPO ausgeschlossen, weil die einstweilige Verfügung keinen Anspruch feststellt und weil die Möglichkeit des § 927 ZPO besteht, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 938 Anm.III 4; Baumbach-Lauterbach, § 936 Anm.4, § 924 Anm.1, § 767 Anm.1 D c; anders allerdings, wenn die einstweilige Verfügung eine Verurteilung zu einer Geldleistung enthält. In diesen Fällen überschneiden sich der Antrag aus § 927 ZPO und die Klage aus § 767 ZPO, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 938 Anm.IV 3; vgl. auch Baumbach-Lauterbach, § 767 Anm.1Ck.

129) Göppinger aaO, S.180, Fußnote 47, 1.Absatz.

den Einstellungsantrag, nicht aber die Klage für unbegründet, während er bei der einstweiligen Verfügung auch gegenüber dem Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO - bis zur Rechtskraft des Bestrafungsbeschlusses - die e x c e p t i o für gegeben ansieht [130].

Mit der Vollstreckungsgegenklage wird wegen einer Veränderung des materiellen Anspruchs die Beseitigung oder die Einschränkung (Einrede des Zurückbehaltungsrechts) der Vollstreckbarkeit des Titels erstrebt. Im Falle des Erlöschens des Anspruchs, etwa durch Erfüllung, Erlaß, Aufrechnung usw., wird in der zu erlassenden Entscheidung die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel für unzulässig erklärt. In den hier in Betracht kommenden Ausnahmefällen liegt nun aber die Besonderheit vor, daß zwar der Duldungs- oder Unterlassungsanspruch, der dem Vollstreckungstitel zugrunde liegt, erloschen ist, die Zwangsvollstreckung wegen der bereits begangenen Zuwiderhandlung auf Grund der e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s gleichwohl zulässig bleibt. Der Wegfall des materiellrechtlichen Anspruchs wirkt sich also gerade nicht auf die Zulässigkeit der Vollstreckung wegen der bereits begangenen Zuwiderhandlung aus. Bezüglich der bereits begangenen Zuwiderhandlung kann die Zwangsvollstreckung nicht für unzulässig erklärt werden, weil sie es ja nicht ist.

a) Allerdings kann nach § 767 ZPO die Zwangsvollstreckung auch zu einem Teil für unzulässig erklärt werden [131]. Man könnte deshalb daran denken, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel mit Ausnahme der bereits begangenen Zuwiderhandlung für unzulässig zu erklären. Hier stellt sich nun aber die Frage, ob eine auf die Zukunft gerichtete Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels, die die bereits begangene Zuwiderhandlung

---

130) Göppinger aaO, S. 180, Fußnote 47. 2. Absatz.

131) Stein-Jonas-Münzberg, § 767 Anm. IV 1.

ausklammert, einen Sinn hat. Infolge der Veränderung der Sachlage, die zum Beispiel darin liegt, daß der laute Mieter ausgezogen ist, erscheint eine weitere Zuwiderhandlung nicht mehr möglich zu sein. Die Vollstreckungsgegenklage soll aber den Schuldner gegen eine Zwangsvollstreckung schützen, auf die der Gläubiger wegen des Wegfalls des sachlichrechtlichen Anspruchs kein Recht mehr hat. Kann die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus einem Titel auch dann ausgesprochen werden, wenn eine Vollstreckung gar nicht mehr möglich ist ? Man kann nicht einwenden, nach Wegfall des Anspruchs dürfe der Vollstreckungstitel keinen Bestand mehr haben. Die Klage ist, anders als der Antrag nach § 927 ZPO, nicht auf Aufhebung des Titels, sondern nur auf Beseitigung oder Einschränkung der Vollstreckbarkeit gerichtet [132]. Es erscheint daher durchaus vertretbar, für die Klage - was die weitere Vollstreckung außer wegen der schon begangenen Zuwiderhandlung angeht - das Rechtsschutzinteresse zu verneinen. Die Klage wäre daher wegen einer künftigen Vollstreckung unzulässig und wegen der begangenen Zuwiderhandlung unbegründet, also insgesamt abzuweisen.

b) Der Gläubiger bleibt nun aber, wenn die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen wird, im Besitze eines Titels, der weiterhin den Anschein der Vollstreckbarkeit erweckt. Wenn auch der Unterlassungsanspruch des Gläubigers infolge der Veränderung der Sachlage erloschen ist, so ist doch denkbar, daß irgendwann einmal die Parteien wiederum derart "miteinander in Berührung kommen", daß der ehemalige Unterlassungsschuldner erneut eine Verhaltensweise offenbart, die den anderen beeinträchtigt und deren Unterlassung er verlangen kann. Es ist weiterhin denkbar, daß der Unterlassungsgläubiger versucht, aus dem früheren Unterlassungstitel die Zwangsvollstreckung, also das Strafverfahren nach § 890 ZPO, zu betreiben. Zur Verdeutlichung sei folgendes Beispiel gebildet:

---

132) Stein-Jonas-Münzberg, § 767 Anm. IV 1.

Der zur Nachtzeit musizierende Mieter zieht in ein Nachbarhaus und setzt dort sein Verhalten fort, und zwar in einer Weise, daß nicht nur die dortigen Mitbewohner, sondern auch sein früherer Vermieter in ihrer Nachtruhe gestört werden. Der frühere Vermieter stellt auf Grund des einstmals erstrittenen Unterlassungstitels Strafantrag gemäß § 890 ZPO.

Es stellt sich die Frage, ob der nunmehrige Unterlassungsanspruch des früheren Vermieters durch den damals erwirkten Unterlassungstitel gedeckt wird. Die Vollstreckbarkeit eines Titels kann sich nur auf den Anspruch beziehen, der Gegenstand des Rechtsstreits war und über den im Urteil entschieden worden ist. Hat der Kläger einen Zahlungstitel über eine Forderung aus einem Kaufvertrag aus dem Jahre 1968, so kann er, wenn der Schuldner diese Schuld gezahlt hat, nicht auch noch wegen einer gleich hohen Forderung aus einem Kaufvertrag aus dem Jahre 1969 vollstrecken. In dem oben gebildeten Beispiel liegen zwei selbständige, sich zeitlich und räumlich voneinander unterscheidende Lebenssachverhalte vor; zuerst wohnte der Schuldner im Hause des Unterlassungsgläubigers, zwischen beiden bestanden vertragliche Beziehungen; danach wohnt der Unterlassungsschuldner im Nachbarhaus, es bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Die in einem Unterlassungsprozeß getroffene Entscheidung betrifft das Verbotensein einer ganz bestimmten Verhaltensweise des Beklagten. Nur die im Urteil bezeichnete Handlung wird dem Beklagten untersagt, Verhaltensweisen, die aus einem künftigen, völlig veränderten Sachverhalt herrühren, werden vom Unterlassungstitel nicht mehr erfaßt. In unserem Beispiel ist dem Beklagten in dem Urteil untersagt worden, als Mieter im Hause des Klägers ruhestörenden Lärm zu verursachen, mehr nicht. Aus dem neuen, veränderten Sachverhalt fließt daher ein neuer, selbständiger Unterlassungsanspruch, der mit dem früheren nicht identisch ist, es handelt sich nicht etwa um ein "Wiederaufleben" des früheren Unterlassungsanspruchs. Dementsprechend würde sich auch die Rechtskraft des damals ergangenen Unterlassungsurteils nicht auf den

jetzigen Anspruch erstrecken [133].

Liegt also ein neuer Unterlassungsanspruch vor, der nicht Gegenstand des früheren Rechtsstreits war, so kann der Gläubiger nicht aus dem früheren Titel vollstrecken [134]. Ob nun aber die Gefahr, daß er es trotzdem versuchen könnte, ausreicht, um der Vollstreckungsgegenklage bezüglich des früheren Titels das Rechtsschutzinteresse, das sonst fehlen würde, zu verleihen, ist zweifelhaft. Es handelt sich doch wohl um eine theoretische, in der Praxis nicht oder nur selten vorkommende Fallkonstellation. Soweit ersichtlich, ist bisher auch kein derartiger Fall veröffentlicht worden.

c) Es bleibt also bei der Feststellung, daß die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung bezüglich der begangenen Zuwiderhandlung in denjenigen Fällen, in denen die Vollstreckung wegen der e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s trotz Wegfalls des Unterlassungs- oder Duldungsanspruchs zulässig bleibt, nicht ausgesprochen werden darf und daß sie hinsichtlich der weiteren Zukunft ohne praktische Bedeutung ist, so daß die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen werden muß.

---

133) Daß ein Unterlassungsurteil der materiellen Rechtskraft fähig ist, daß ihm also eine Feststellungswirkung zukommt, dürfte nicht mehr zweifelhaft sein (vgl. BGHZ 42, 340 ff; Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, S. 309; Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, S. 21 ff, 58 ff). Das Unterlassungsurteil umfaßt die der Rechtskraft fähige Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, die im Urteil bezeichnete Handlung zu unterlassen (BGH aaO., S. 349).

134) Das bedeutet nicht, daß sich der Schuldner durch jede Änderung der Verletzungsform der Rechtskraft des Unterlassungsurteils entziehen kann. Wenn die Verletzungsform nur in unwesentlichen Einzelheiten geändert wird, erstreckt sich die Rechtskraftwirkung auch auf die veränderte Gestaltung (vgl. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 131. Kapitel, Rdnr. 4, S. 953, mit Hinweisen auf die Rspr.).

Will man dagegen das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage insoweit bejahen, als es um die Zukunft, also nicht um die bereits begangene Zuwiderhandlung geht, so müßte man dies in der Urteilsformel zum Ausdruck bringen, also etwa in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Titel ... mit Ausnahme der Vollstreckung wegen der vom Kläger am ... begangenen Zuwiderhandlung unzulässig ist. Für den Beklagten empfiehlt es sich, insoweit die Klage sofort anzuerkennen, um der Kostenlast zu entgehen (§ 93 ZPO).

d) In der Feststellung, daß die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners in den hier interessierenden Fällen abzuweisen ist, liegt kein Widerspruch zu der zu § 927 ZPO vertretenen Meinung [135]. Wie bereits dargelegt wurde, wird nach § 927 ZPO der Vollstreckungstitel a u f g e h o b e n, während im Verfahren nach § 767 ZPO nur die Vollstreckbarkeit des Titels ganz oder teilweise beseitigt oder eingeschränkt wird.

e) Stellt der Schuldner (Kläger) vor der Entscheidung über seine Vollstreckungsgegenklage einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 Abs. 1 ZPO, so ist dieser Antrag - gleichgültig, ob man die Klage teilweise (für die Zukunft) für zulässig hält oder nicht - zurückzuweisen. Insoweit kann der von G ö p p i n g e r [136] vertretenen Ansicht gefolgt werden. Da eine Vollstreckung nur wegen der begangenen Zuwiderhandlung möglich ist, diese aber gerade in den hier behandelten Ausnahmefällen strafbar bleibt, kann der Einstellungsantrag keinen Erfolg haben. Eine trotzdem erfolgte einstweilige Einstellung ist im Strafverfahren nach § 890 ZPO unbeachtlich [137]. Auch dann muß sich der Schuldner (Kläger) die e x c e p t i o d o l i p r o c e s -

---

135) Seite 105 ff der Arbeit.

136) Göppinger, NJW 1967, 180, Fußnote 47, 1. Absatz.

137) Lüke, JZ 1959, S. 371; Lüke-Bähr, JuS 1963, S. 287, Anm. 27.

s u a l i s entgegenhalten lassen. Hat das Prozeßgericht der Klage aus § 767 ZPO stattgegeben, weil es entgegen der hier vertretenen Meinung eine Bestrafung trotz des massiven Verhaltens des Schuldners nicht für zulässig hält, so ist das Gericht im Vollstreckungsverfahren hieran allerdings gebunden, da infolge der Gestaltungswirkung dieses Urteils die Zwangsvollstreckung unzulässig geworden ist und da im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit über die e x c e p t i o d o l i p r o c e s s u a l i s nicht diese Urteilswirkung beseitigt werden kann [138].

4. Berücksichtigung des Erlöschens des Anspruchs im Straffestsetzungsverfahren

Nunmehr ist die bereits aufgeworfene Frage zu untersuchen, ob in denjenigen Fällen, in denen eine Bestrafung des Schuldners nicht mehr zulässig ist, der Richter im Vollstreckungsverfahren den Wegfall des Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs ohne weiteres berücksichtigen kann oder ob der Schuldner zuerst Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO erheben oder einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO stellen und eine entsprechende Entscheidung des Prozeßgerichts herbeiführen oder zumindest eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirken muß [139].

a) Das Erlöschen des Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs stellt eine m a t e r i e l l e Rechtsänderung dar. Die Frage, ob eine solche materielle Änderung im Zwangsvollstreckungsverfahren unmittelbar Beachtung finden kann, stellt sich auch in anderen Vollstreckungsverfahren. Da es über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen würde, die Berücksichtigung materiellrechtlicher Einwendungen allgemein und in allen Vollstrekkungsverfahren zu untersuchen, können die anderen Verfahren nur

---

138) Hierin abweichend Lüke und Lüke-Bähr aaO.

139) So die in Fußnote 113, Seite 112, der Arbeit Genannten.

gestreift und auch die Rechtsprechung und das Schrifttum nicht vollständig angeführt werden.

Im Offenbarungseidsverfahren beispielsweise können nach herrschender Lehre und Rechtsprechung mit dem Widerspruch keine Einwendungen vorgebracht werden, die den Anspruch selbst betreffen [140], ebenso auch nicht mit der sofortigen Beschwerde gegen die Haftanordnung nach § 901 ZPO [141]. Dagegen hat das L G G i e ß e n [142] die Ansicht vertreten, daß die als Rücktritt nach § 5 AbzG zu beurteilende Wiederansichnahme der Abschlagungssache vom Schuldner mit dem Widerspruch im Offenbarungseidsverfahren geltend gemacht werden könne. P o h l e [143] hat vorgeschlagen, daß bei der Haftanordnung nach § 901 ZPO der Schuldner im Falle materiellrechtlicher Einwendungen nicht auf den Klageweg nach § 767 ZPO angewiesen sei - der ihm allerdings immer offenstehe -, sondern daß er einen einer Erinnerung entsprechenden Antrag an das Vollstreckungsgericht richten könne, über den dieses nach fakultativer mündlicher Verhandlung zu entscheiden habe.

Mit der Erinnerung nach § 766 ZPO können keine Einwendungen gegen den materiellen Anspruch vorgetragen werden [144].

Schwieriger ist es im Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO, wenn der Schuldner sich auf Erfüllung beruft. Hier vertreten einige Kommentare die Ansicht, daß das Gericht die Behauptung des Schuldners, erhabe erfüllt, im Vollstreckungsverfahren selbst nachprüfen müsse. Ohne Bedeutung soll sein, ob es hierbei um eine Auslegung des Titels oder um eine Subsum-

---

140) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 900 Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, § 900 Anm. 4 C d.

141) Wieczorek, § 901 Anm. B III b 3.

142) NJW 1957, 348 f, mit ablehnender Anmerkung von Klauß; dagegen auch Lüke, JZ 1959, 371 a.E.

143) MDR 1952, 513 ff, (514); ähnlich wohl auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 901 Anm. III 1.

144) Stein-Jonas-Münzberg, § 766 Anm. II 1 und IV 2.

tion dahin geht, ob die konkrete Handlung dem Titel entspricht, oder ob es sich darum handelt, ob die Handlung wegen nicht ordnungsgemäßer Ausführung nicht als Erfüllung angesehen werden kann [145]. Die Rechtsprechung will die Nachprüfbarkeit durch das Gericht auf einzelne Punkte beschränken und den Schuldner im übrigen auf die Klage nach § 767 ZPO verweisen [146].

Schließlich sei auch noch ein Blick auf § 888 ZPO geworfen, obwohl auch dieses Verfahren hier nicht eingehend geprüft werden kann. Hier wird die Ansicht vertreten, daß über den Erfüllungseinwand des Schuldners im Verfahren nach § 891 ZPO zu entscheiden sei und daß er nicht mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht zu werden brauche [147], während auch hier die Rechtsprechung teilweise den Schuldner auf den Klageweg verwiesen hat [148]. Wieczorek dagegen meint, daß eine Strafe nicht festgesetzt werden könne, wenn die Erfüllung unstreitig sei, daß aber ein Streit über die Erfüllung im Klageweg nach § 767 ZPO auszutragen sei [149].

b) Nach den Prinzipien des materiellen Rechts und des Vollstreckungsrechts bleibt die materielle Rechtsveränderung zwar nicht ohne Auswirkung auf die Vollstreckbarkeit eines Titels. Diese Auswirkung tritt aber nicht von selbst ein. Zur Beseitigung oder Einschränkung der Vollstreckungsmöglichkeit sieht unsere Rechtsordnung vielmehr ein besonderes Verfahren, eben die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO und bei der einstweiligen Verfügung das Aufhebungsverfahren nach § 927 ZPO, vor. Dieser nur scheinbare Formalismus beruht auf allgemeinen Ge-

---

145) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 887 Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, § 887 Anm. 2 A.

146) Vgl. Nachweise bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle aaO, Fußnote 36.

147) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 888 Anm. II 3; ebenso Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 2 C und 3 B.

148) Vgl.z.B. OLG München OLGE 29, 253 f.

149) § 888 Anm. D IV a, A II.

sichtspunkten der Rechtssicherheit und des Respekts vor der Existenz des rechtskräftigen Titels [150]. Es ist daher eine besonders wichtige Aufgabe der Gerichte, auf die Einhaltung dieser vom Gesetzgeber gezogenen Grenze zwischen materieller Rechtsänderung und Vollstreckbarkeit des Titels zu achten, die auch nicht mit Rücksicht auf angebliche praktische Bedürfnisse verletzt werden darf [151]. Eine andere Beurteilung bringt Gefahren für die Rechtspflege mit sich, beeinträchtigt die Durchschlagskraft der Zwangsvollstreckung und bewirkt eine Aufweichung der Grundsätze des Vollstreckungsrechts.

Diese allgemeinen Erwägungen müssen auch Ausgangspunkt für die Beantwortung der gestellten Frage im Verfahren des § 890 ZPO sein. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, daß das Prozeßgericht für die Straffestsetzung zuständig sei. Trotz der Identität des über die Vollstreckungsgegenklage und den Strafantrag entscheidenden Gerichts liegt eine klare Funktionsteilung vor: im Strafverfahren nach § 890 ZPO wird das Prozeßgericht als Vollstreckungsorgan tätig; nach § 767 ZPO entscheidet das Gericht auf eine selbständige Klage hin als Spruchgericht.

Allerdings hat der Gesetzgeber in § 775 Nr. 3 bis 5 ZPO einige Fälle geregelt, in denen die Erfüllung unmittelbar zur Einstellung der Zwangsvollstreckung führt, ohne daß es zuvor

---

150) Diese rechtspolitischen Erwägungen werden allerdings nur angedeutet und nicht scharf genug herausgestellt, wenn es in der amtlichen Begründung des Entwurfs zu dem damaligen § 635 heißt (Hahn, Materialien, S. 437): "Die Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen (§ 635), sind von materieller Bedeutung und lassen sich nicht im Beschwerdeverfahren, sondern nur in dem ordentlichen Prozeßverfahren erledigen. Wegen des Zusammenhangs mit dem vorausgegangenen Rechtsstreite und der formellen Selbständigkeit des neuen Streits gehört dasselbe vor das Prozeßgericht erster Instanz".

151) Klauß aaO.

einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Aber nur im Falle des § 775 Nr. 3 ZPO sind zugleich die bereits getroffenen Maßnahmen aufzuheben (§ 776 Satz 1 ZPO); in den Fällen der § 775 Nr. 4 und 5 ZPO bleiben sie bestehen, bis durch eine gerichtliche Entscheidung die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungsmaßnahmen angeordnet wird (§ 776 Satz 2 ZPO). Da es sich bei § 775 ZPO um eine Ausnahmevorschrift handelt, verbietet sich eine erweiternde oder gar eine analoge Anwendung.

c) Die Untersuchung darf nun aber nicht bei diesen allgemeinen Erwägungen stehen bleiben, und es wäre verfehlt, aus ihnen schematisch Schlußfolgerungen für das Verfahren nach § 890 ZPO zu ziehen. Die Strafe des § 890 ZPO ist nach der hier vertretenen Ansicht eine reine Beugestrafe und Zwangsvollstreckungsmaßnahme; ihre Festsetzung hat - von den genannten Ausnahmefällen abgesehen - zu unterbleiben, wenn eine Beugung des Willens des Schuldners infolge Veränderung der Sachlage nicht mehr in Betracht kommt. Daraus ist nun nicht zu folgern, daß der Beugezweck eine selbständige Zwangsvollstreckungsvoraussetzung darstelle und daß er als vollstrekkungsrechtliches Element der zu verhängenden Strafe b e s o n d e r s berücksichtigt werden müsse [152]. Das Gericht hat vielmehr, wenn keine entgegenstehenden Tatsachen vorgetragen worden sind, davon auszugehen, daß eine gewaltsame Beeinflussung des Schuldnerwillens solange möglich ist, wie der Titel vollstreckbar existiert [153]. Es gehört daher nicht zur Begründetheit des Strafantrags des Gläubigers, daß feststeht, daß eine Beugung des Schuldnerwillens in Bezug auf künftige Zuwiderhandlungen noch möglich ist. Der Gläubiger braucht also z.B. nicht vorzutragen, daß es ihm bisher nicht gelungen sei, in die Wohnung einzuziehen (Beispiel 1, Seite 108), oder daß der Schuldner nach wie vor ein Unternehmen betreibe (Bei-

---

152) Lüke, JZ 1959, S. 371.

153) Ohne die hier vorgenommene Einschränkung Lüke aaO.

spiel 2) oder daß der Schuldner nach wie vor in seinem Hause wohne (Unterlassungstitel gegen einen zu lauten Mieter). Wie ist es aber, wenn die Veränderung der Sachlage unstreitig ist, der Gläubiger aber seinen Strafantrag aufrechterhält ?

Bei der hier in Betracht kommenden Veränderung der Sachlage ist das Verfahren nach § 890 ZPO zu einer untauglichen und/sinnlosen Vollstreckungsmaßnahme geworden; die begangene Zuwiderhandlung kann durch die Strafe nicht mehr repariert werden, ein Strafzweck im Sinne einer repressiven Maßnahme kommt der Strafe nach der hier vertretenen Meinung nicht zu; von einer künftigen Zuwiderhandlung kann sie den Schuldner nicht abhalten, weil eine solche nicht mehr möglich ist. Daraus ergibt sich, daß die Veränderung der Sachlage nicht nur eine materiellrechtliche Wirkung, nämlich das Erlöschen des Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs, sondern daneben auch eine vollstreckungsrechtliche Wirkung hat, die das Verfahren des § 890 ZPO zu einem untauglichen Vollstreckungsversuch macht. Damit wird keineswegs eine materiellrechtliche Einwendung in eine vollstreckungsrechtliche umgedeutet [154]. Die vorliegende Situation unterscheidet sich nämlich grundlegend von den sonstigen Fällen, in denen eine Veränderung des materiellen Anspruchs eintritt. Die Wirkung der Vollstreckung wegen einer Geldforderung besteht darin, daß dem Gläubiger durch eine Zwangsmaßnahme (Pfändung und Verwertung) ein wirtschaftlicher Wert aus dem Vermögen des Schuldners übertragen wird, etwa durch Übergabe des Versteigerungserlöses oder durch Zuweisung der gepfändeten Sache zu Eigentum gemäß § 825 ZPO. Der hiermit verfolgte Zweck ist wie bei jeder Vollstreckungsmaßnahme die Befriedigung des Anspruchs des Gläubigers. Hat sich nun dieser Anspruch verändert, ist er etwa durch Erfüllung, Erlaß, Aufrechnung, Anfechtung oder Wandlung erloschen oder steht

---

154) Dagegen zu Recht Klauß (aaO) zu dem vom LG Gießen (aaO) entschiedenen Fall.

ihm nunmehr ein Zurückbehaltungsrecht des Schuldners entgegen, so ist zwar der mit der Zwangsvollstreckung erstrebte Zweck der Anspruchserfüllung nicht mehr erreichbar. Gleichwohl hat die Vollstreckung ihre unmittelbare Wirkung, nämlich die Übertragung eines Vermögenswertes, nicht verloren; auch wenn der Gläubiger bereits befriedigt ist, kann ihm ein Geldbetrag nochmals zugewandt werden; es tritt keine Untauglichkeit der Zwangsvollstreckung ein.

Anders im Verfahren des § 890 ZPO; ist der Duldungsanspruch erfüllt (Beispiel 1, Seite 108), so kann das Strafverfahren, da ein Strafzweck nicht verfolgt wird, keine Wirkung mehr entfalten; der Schuldner kann nicht nochmals gezwungen werden, die Vornahme der Handlung zu dulden; der Gläubiger kann nur einmal in die Wohnung einziehen. Im Falle der Unterlassung kann der Wille des Schuldners nicht mehr gebeugt werden, wenn eine Zuwiderhandlung nicht mehr denkbar ist.

Kein Vollstreckungsorgan kann nun gezwungen sein, eine Vollstreckungsmaßnahme vorzunehmen, deren Untauglichkeit, Wirkungslosigkeit, Zweck- und Sinnlosigkeit von vorneherein feststeht. So hat z.B. eine Pfändung wegen einer Geldforderung zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die Kosten nicht erwarten läßt (§ 803 Abs. 2 ZPO), weil dies eine zwecklose Vollstreckungsmaßnahme wäre.

Es liegt also in den hier behandelten Fällen mehr als eine bloße Veränderung des materiellen Anspruchs vor; diese wirkt sich vielmehr unmittelbar auf das Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO aus. Das Gericht muß dieses Unmöglichwerden der Zweckerreichung berücksichtigen. Diese Abweichung von den sonstigen Vollstreckungsverfahren ergibt sich aus der Besonderheit des Verfahrens des § 890 ZPO und aus der hier vertretenen rein vollstreckungsrechtlichen Lösung. Die weitere Verfolgbarkeit des Beugezwecks ist somit zwar keine Vollstreckungsvoraussetzung, ihr Fehlen ist aber ein V o l l s t r e c k u n g s h i n d e r n i s , das im Straffestsetzungsverfahren beachtet werden muß, ohne daß der Schuldner gezwungen wäre, Klage

nach § 767 ZPO zu erheben oder den Aufhebungsantrag nach § 927 ZPO zu stellen oder zumindest eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen.

Nichts anderes kann gelten, wenn die vom Schuldner behauptete Veränderung der Sachlage nicht unstreitig ist, sondern vom Gläubiger bezweifelt wird. In diesem Falle, der praktisch kaum vorkommen wird, muß das Gericht Beweis hierüber erheben. Es besteht kein Anlaß [155], in einem solchen Falle den Schuldner auf den Klageweg zu verweisen. Daß der Richter im Verfahren nach § 890 ZPO gezwungen ist, Beweis zu erheben, ist zwar im gesamten Vollstreckungsrecht, nicht aber in diesem Verfahren eine außergewöhnliche Situation. So kann der Schuldner überhaupt das Vorliegen einer Zuwiderhandlung bestreiten und damit eine Beweisaufnahme hierüber erforderlich machen. Wie später zu zeigen sein wird, ist nur eine schuldhafte Zuwiderhandlung strafbar. Die Frage des Verschuldens kann sehr zweifelhaft sein (vgl. § 13 Abs. 3 UWG). Wendet der Schuldner ein, ihn treffe wegen besonderer Umstände kein Verschulden, und bestreitet der Gläubiger diese Behauptungen, so muß das Gericht dem nachgehen und die angebotenen Beweise erheben. Ebenso kann es vorkommen, daß der Schuldner geltend macht, daß die von ihm begangene Zuwiderhandlung wegen besonderer Umstände rechtmäßig sei, z.B. wenn dem Mieter das Betreten des Heizungsraumes untersagt worden ist, er aber in Abwesenheit des Vermieters den Raum betritt, um einen Wasserrohrbruch zu reparieren. Auch hier kann eine Beweisaufnahme erforderlich sein.

---

155) So aber Wieczorek, aaO, im Falle des § 888 ZPO.

5. Die Praktikabilität der gefundenen Lösung

Es bleibt zu prüfen, ob die hier vertretene Meinung von der Relevanz des Erlöschens des Duldungs- oder Unterlassungsanspruchs im Bestrafungsverfahren praktikabel ist.

Bei anderen Vollstreckungsverfahren, etwa wegen einer Geldforderung, sind mannigfache Einwendungen gegen den materiellen Anspruch denkbar (Erfüllung, Erlaß, Stundung, Aufrechnung, Anfechtung, Wandlung, Zurückbehaltungsrecht usw.). Beim Unterlassungsanspruch kommt dagegen in den hier interessierenden Fällen nur ein Erlöschen wegen veränderter Umstände und beim Duldungsanspruch außerdem die Erfüllung in Betracht. Da beim Duldungsanspruch nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger oder seine Hilfsperson die zu duldende Handlung vornimmt, ist der im Verfahren des § 887 ZPO häufige Einwand der nicht ordnungsgemäßen Vornahme der Handlung ausgeschlossen; der Schuldner schuldet nicht die Handlung, sondern die Duldung ihrer Vornahme. Das bedeutet also, daß sowohl beim Duldungs- als auch beim Unterlassungsanspruch die möglichen Veränderungen der Umstände und des Anspruchs im Tatsächlichen denkbar einfach und überschaubar sind. Es wird auch selten vorkommen, daß diese Tatsachen streitig sind. Man kann sich schlecht vorstellen, daß der Schuldner behaupten wird, er sei aus dem Hause des Gläubigers ausgezogen, wenn er noch darin wohnt, oder, daß der Gläubiger den tatsächlich erfolgten Auszug des Schuldners bestreiten wird.

Es zeigt sich demnach, daß die Durchschlagskraft der Zwangsvollstreckung nicht beeinträchtigt wird. Das Verfahren nach § 890 ZPO ist kompliziert, schwerfällig und von zweifelhafter Wirksamkeit; es wird aber nicht dadurch noch komplizierter und noch weniger wirkungsvoll, daß das Gericht im Falle des Erlöschens des Anspruchs eine Strafe nicht mehr festzusetzen braucht, die untauglich und zwecklos ist und die der Schuldner nach § 767 oder § 927 ZPO doch verhindern könnte.

III. Die Abwicklung eines bereits eingeleiteten Straffestsetzungsverfahrens

Zum Abschluß sei auch hier auf die kostenrechtliche Seite eingegangen. Erlischt nach Stellung des Strafantrages der Duldungs-

oder Unterlassungsanspruch, so wird der Gläubiger zweckmäßigerweise das Bestrafungsverfahren für erledigt erklären. Wenn sich der Schuldner anschließt, ist nach § 91a ZPO über die Kosten zu entscheiden. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob der Strafantrag begründet gewesen wäre, wenn sich die Sachlage nicht verändert hätte. Ist diese Frage zu bejahen, so sind die Ereignisse zu berücksichtigen, die zum Erlöschen des Anspruchs geführt haben. In dem Falle, in welchem dem Gläubiger die Vornahme der vom Schuldner zu duldenden Handlung gelungen ist, sind dem Schuldner die Kosten aufzuerlegen. Sofern der Gläubiger die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse herbeigeführt hat, ohne durch die Zuwiderhandlung des Schuldners hierzu veranlaßt worden zu sein, hat er die Kosten zu tragen. Hat der Schuldner die Veränderung herbeigeführt, so werden ihm die Kosten zur Last fallen müssen [156].

§ 10

Die rückwirkende Aufhebung des Vollstreckungstitels nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses oder nach vollzogener Straffestsetzung

I. Die Aufhebung des Titels nach Eintritt der formellen Rechtskraft, aber vor vollzogener Straffestsetzung

In § 6 der Arbeit wurden die Fälle behandelt, in denen der Vollstreckungstitel nach begangener Zuwiderhandlung, aber vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses, rückwirkend aufgehoben wird. Eine solche Aufhebung kann in der Weise erfolgen, daß der Schuldner gegen ein vorläufig vollstreckbares Unterlassungs- oder Duldungsurteil verstoßen hat und das Urteil vom Rechtsmittelgericht abgeändert und die Klage abgewiesen wird. Im Falle der durch Beschluß ergangenen einstweiligen Verfügung kann die einstwei-

156) Vgl. Göppinger aaO, S.181.

lige Verfügung auf den Widerspruch des Schuldners aufgehoben und der Antrag auf ihren Erlaß zurückgewiesen werden. Schließlich ist auch möglich, daß die einstweilige Verfügung aufgehoben wird, weil der Gläubiger versäumt hat, innerhalb der ihm gesetzten Frist die Klage in der Hauptsache zu erheben oder die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung bei dem Gericht der Hauptsache zu beantragen (§§ 936, 926 Abs.2, 942 Abs.3 ZPO).

Es wurde festgestellt, daß in diesen Fällen nach Aufhebung des Vollstreckungstitels eine Straffestsetzung nicht mehr zulässig und eine bereits erfolgte, aber noch nicht rechtskräftige Straffestsetzung aufzuheben ist. Hierzu ist nicht erforderlich, daß der Schuldner gegen den Straffestsetzungsbeschluß sofortige Beschwerde einlegt. Nach §§ 775 Nr.1, 776 ZPO hat das Gericht als Vollstreckungsorgan von Amts wegen die Zwangsvollstreckung einzustellen und die bereits getroffenen Vollstrekkungsmaßnahmen, also den erlassenen Straffestsetzungsbeschluß, aufzuheben.

Es bleibt zu untersuchen, ob sich die Rechtslage ändert, wenn im Zeitpunkt der Aufhebung des Vollstreckungstitels der Straffestsetzungsbeschluß bereits formelle Rechtskraft erlangt hat.

1. Tatsächlich wird vom Schrifttum, soweit es hierzu überhaupt Stellung nimmt, und auch von der Rechtsprechung dem Eintritt der formellen Rechtskraft der Straffestsetzung eine derartige Wirkung beigemessen. So vertreten Stein-Jonas-Schönke-Pohle[157], Thomas-Putzo[158], Förster-Kann[159], Zöller[160] und Theuerkauf[161] die Ansicht, daß die Strafe nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses nicht mehr

157) § 890 Anm. III 3.
158) § 890 Anm. 3 c bb.
159) § 890 Anm. 5 e.
160) § 890 Anm. 1 c.
161) MDR 1963, 552 ff (555).

aufgehoben werden könne; eine Begründung hierfür wird selten gegeben. Die Frage stellt sich natürlich nicht für diejenigen, die ohnehin trotz Aufhebung des Titels eine Bestrafung für geboten erachten [162].

Das O L G N e u s t a d t führt aus, die Strafe sei auch eine Strafe für die Nichtbefolgung des gerichtlichen Verbots, die Rechtmäßigkeit der Straffestsetzung sei daher unabhängig von der materiellen Rechtslage und nach Rechtskraft des Strafausspruchs sei das weitere Schicksal des Titels für die weitere Existenz des Strafausspruches ohne Belang [163].

Eingehender versucht das O L G N a u m b u r g, seine Meinung zu begründen [164]. Es meint, daß die Strafe des § 890 ZPO zwar in beschränktem Umfange eine Beugemaßnahme des Vollstreckungsrechts sei, daß sie aber mit der Rechtskraft der Straffestsetzung zu einer zur Sühne für ein Unrecht, nämlich für die Mißachtung eines gerichtlichen Ge- oder Verbots, verhängten Rechtsstrafe werde. Dann stünden nur noch die allgemein im Strafrecht gegebenen Rechtsbehelfe, also auch Gnadenerweise, zur Verfügung. Durch eine nachträgliche Aufhebung des Vollstreckungstitels nach der Rechtskraft der Straffestsetzung werde diese ebensowenig berührt wie durch eine Aufhebung des dem Titel zugrundeliegenden Gesetzes.

Von einigen wird wenigstens eine Möglichkeit der Beseitigung des rechtskräftigen Strafausspruchs durch ein Wiederaufnahmeverfahren zugestanden. F ö r s t e r - K a n n [165] wollen § 359 Nr.4 StPO analog anwenden; M o h r [166] hält § 580 Nr.6 ZPO für entsprechend anwendbar. Nach beiden muß aber ein besonderes Verfahren durchgeführt werden.

---

162) Vgl. hierzu S. 81 ff der Arbeit.
163) MDR 1962, 140 f.
164) JW 1936, 2578, mit zustimmender Anmerkung von Jonas.
165) § 890 Anm. 5 e.
166) Dissertation S.67.

Weniger umständlich ist der Vorschlag G ö p p i n g e r s , daß § 580 Nr.6 ZPO in der Weise entsprechend anwendbar sei, daß der Bestrafungsbeschluß auf einen innerhalb eines Monats (§ 586 ZPO) zu stellenden Antrag im Beschlußverfahren aufzuheben sei; solange die Vollstreckung aus dem Beschluß nicht beendet oder die Geldstrafe noch nicht gezahlt sei, sei auch die Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 795, 767, 797 Abs.4 ZPO zulässig, da die Aufhebung des zugrundeliegenden Titels die Einwendung im Sinne des § 767 Abs.1 ZPO begründe.[167]

In diesem Zusammenhang wird -an sich konsequent- auch die Ansicht vertreten, daß nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Straffestsetzung der Gläubiger den Strafantrag nicht mehr zurücknehmen könne bzw, daß die Rücknahme des Antrages die Strafvollstreckung nicht hindern könne und daß nach diesem Zeitpunkt die Aufhebung des Vollstreckungstitels oder die Antragsrücknahme nicht mehr zu einer Rückvergütung der einge - zahlten Geldstrafe führen könne 168).

2. Es ist das Verdienst von L ü k e , nachgewiesen zu haben, daß dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses nicht die ihm von der herrschenden Lehre beigemessene Wirkung zukommen kann [169]. Der Straffestsetzungsbe - schluß und seine Vollstreckung beruhen auf dem Vollstreckungstitel. Zwar ist der Beschluß selbst ein Vollstreckungstitel (§ 794 Abs.1Nr.3 ZPO). Er ist aber nicht um seiner selbst willen da, er hat keine eigene, selbständige Daseinsberechtigung, er dient nur der zwangsweisen Durchsetzung des Unterlassungs- oder Duldungstitels. Es ist verfehlt, den Zusammenhang des Straf - festsetzungsbeschlusses mit dem Titel zu zerreißen, damit

---

167) NJW 1967, S.178, Fußnote 20.

168) Förster-Kann, § 890 Anm.5 e; Schönke-Baur, S.168, wollen der Antragsrücknahme nach erfolgter Straffestsetzung überhaupt eine Auswirkung auf die Strafvollstreckung versagen; Zöller, § 890 Anm.1 c; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. III 3; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm.3 A; Wieczorek, § 890 Anm. D II; OLG Naumburg und Jonas aaO.

169) Lüke, JZ 1959, 370.

praktisch den Beugezweck auszuschalten und die Straffest - setzung funktionell zu verselbständigen [170]. Die Straf - festsetzung und ihre Vollstreckung sind ein Stück des gesamten Vollstreckungsverfahrens des § 890 ZPO und dienen allein dem Ziel, den Willen des Schuldners zu beugen.

Daß innerhalb eines Vollstreckungsverfahrens ein der Vollstreckung des Haupttitels dienender zusätzlicher Vollstreckungstitel ergehen muß, ist nicht außergewöhnlich. So muß, wenn wegen des Kostenerstattungsanspruchs der einen Partei gegen die andere oder wegen des Kostenanspruchs des Staates vollstreckt werden soll, ein Kostenfestsetzungsbeschluß nach § 104 ZPO oder nach § 4 GKG (Kostenansatz) ergehen, der seinerseits auf dem Urteil beruht. Soll der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides verhaftet werden, so muß ein Haftbefehl erlassen werden (§ 901 ZPO). Wird eine Briefhypothek des Schuldners gepfändet, so ist die Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich, die notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden muß (sogen. Hilfspfändung, § 830 Abs.1 Satz 2 ZPO). Vollstreckungstitel für diese Hilfspfändung ist der Pfändungsbeschluß [171]. Hat der Gläubiger eine Forderung des Schuldners gepfändet und will er sie verwerten, so ist er oft auf die über die Forderung vorhandenen Urkunden angewiesen (z.B. Sparkassenbuch, Schuldschein). Gibt der Schuldner diese Urkunden nicht freiwillig heraus, so ist auch hier eine Hilfspfändung erforderlich (§ 836 Abs.3 Satz 2 ZPO). Vollstreckungstitel für diese Hilfspfändung ist der Überweisungsbeschluß [172].

Niemand wird die Ansicht vertreten, daß aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß oder dem Kostenansatz oder aus dem Haftbefehl weiter vollstreckt oder daß die Hilfspfändung aus dem Pfändungs- oder Überweisungsbeschluß weiter betrieben werden kann, obwohl der Hauptvollstreckungstitel inzwischen aufgehoben worden ist [173], unabhängig vom Eintritt der formellen

170) Lüke aaO.
171) Baumbach - Lauterbach, § 830 Anm. 3 D.
172) Stein - Jonas - Schönke - Pohle, § 836 Anm. III 2.
173) Zum Kostenfestsetzungsbeschluß: Baumbach-Lauterbach, Einf. 2 A zu §§ 103 - 107.

Rechtskraft, die es auch in den genannten Fällen teilweise gibt (etwa § 104 Abs.3 ZPO).

Nichts anderes kann für den Straffestsetzungsbeschluß des § 890 ZPO gelten. Wird der Vollstreckungstitel aufgehoben, so verliert die Straffestsetzung ihre Grundlage; die Zwangsvollstreckung ist einzustellen und der Bestrafungsbeschluß aufzuheben (§§ 775 Nr.1, 776 Satz 1 ZPO) ohne Rücksicht auf die formelle Rechtskraft des Beschlusses [174]. Es ist zwar richtig, wenn das O L G N e u s t a d t anführt, daß der Straffestsetzungsbeschluß unabhängig von der materiellen Rechtslage sei. Er ist jedoch abhängig von der Existenz des Titels; das ist etwas anderes, denn der Vollstreckungstitel kann materiell - rechtlich richtig und seine Aufhebung falsch sein. Nicht zu überzeugen vermag auch die Ansicht des O L G N a u m b u r g und von J o n a s . Wie sollte der Eintritt der formellen Rechtskraft die Rechtsnatur der Strafe ändern und aus einer Beugestrafe eine Strafe zur Sühne eines begangenen Unrechts machen können ? Der Eintritt der formellen Rechtskraft bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß der Beschluß nicht mehr mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann (vergl. § 705 ZPO); eine Gestaltungswirkung im Sinne einer Umwandlung der Funktion der Strafe kann der formellen Rechtskraft nicht zukommen. Wenn die festgesetzte Strafe vor Ablauf der Beschwerdefrist eine Beugestrafe ist, so muß sie es auch hinterher sein. Die Tatsache, daß die Strafe von Amts wegen vollstreckt wird und daß die Geldstrafe in die Staatskasse fließt [175], ist hierfür irrelevant [176].

Der Fehler der h.M. liegt darin, daß sie in dem Unterlassungstitel ein Strafgesetz sieht und den Straffestsetzungsbeschluß mit einem Strafurteil vergleicht, also in der vorwiegend strafrechtlichen Beurteilung der Strafe des § 890 ZPO [177].

---

174) Lüke aaO.
175) Baumbach - Lauterbach, § 890 Anm. 4 A und B.
176) Seite 43 der Arbeit.
177) Vgl. die Kritik von Lüke aaO.

Es ist demnach nicht erforderlich und dogmatisch verfehlt, den Schuldner bei einer Aufhebung des Titels nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Straffestsetzung auf ein Wiederaufnahmeverfahren zu verweisen [178].

3. Entgegen der h.L. hat auch der Gläubiger das Recht, trotz Rechtskraft des Strafbeschlusses seinen Antrag zurückzunehmen mit der Wirkung, daß die Strafvollstreckung unterbleiben muß [179]. Auf seine Veranlassung und ausschließlich in seinem Interesse wird das Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO durchgeführt. Welchen Sinn soll das Weiterbetreiben des Strafverfahrens haben, wenn der Gläubiger zum Ausdruck bringt, daß er von einer Vollstreckung absehen will? Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Gerichtsvollzieher eine Sache gepfändet hat und der Gläubiger danach den Vollstreckungsauftrag zurücknimmt. Der Gläubiger ist Herr des Vollstreckungsverfahrens in dem Sinne, daß er bestimmt, ob eine Zwangsvollstreckung durchgeführt wird oder nicht. Will er - aus welchen Gründen auch immer - von einer weiteren Vollstreckung absehen und nimmt er den Vollstreckungsantrag zurück, so muß jedes Vollstreckungsorgan, auch das Prozeßgericht im Verfahren nach § 890 ZPO, diese Tatsache berücksichtigen, solange die Vollstreckung nicht beendet ist, gleichgültig, in welchem Stadium sich das Verfahren befindet. Dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses kann hierbei keinerlei Bedeutung zukommen. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht noch ein weiterer Grund. Wird der Vollstreckungstitel aufgehoben, so darf nach den obigen Feststellungen eine festgesetzte Strafe nicht mehr vollstreckt werden, unabhängig von der Rechtskraft des Strafbeschlusses. Der Gläubiger muß die Möglichkeit haben, hieraus die Konsequenz zu ziehen und sich durch Rücknahme des Antrages der veränderten Lage anzupassen, allein schon zu dem Zweck, um einer etwaigen Haftung nach § 717 oder § 945 ZPO zu entgehen.

---

178) Lüke aaO.

179) Lüke aaO.

II. Die Aufhebung des Titels nach vollzogener Straffestsetzung

Es wurde festgestellt, daß eine bereits ergangene Straffestsetzung unabhängig vom Eintritt der formellen Rechtskraft aufgehoben werden muß, wenn der Unterlassungstitel rückwirkend beseitigt wird. Es bleibt zu untersuchen, ob dies auch dann gilt, wenn der Straffestsetzungsbeschluß bereits dadurch vollzogen worden ist, daß der Schuldner die festgesetzte Geldstrafe gezahlt hat oder diese beigetrieben worden ist oder daß eine festgesetzte Haftstrafe bereits ganz oder teilweise vollstreckt worden ist. Weiter stellt sich die Frage, ob dem Schuldner Ersatzansprüche zustehen, wobei zwei Anspruchsgegner in Betracht kommen können. Einmal könnte man daran denken, dem Schuldner einen Anspruch gegen den Staat auf Rückerstattung der gezahlten Geldstrafe oder auf Entschädigung für die zu Unrecht erlittene Haft zuzubilligen. Zum anderen könnte dem Schuldner auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger gemäß §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO zustehen.

1. Die Frage, ob die Staatskasse eine vom Schuldner gezahlte Geldstrafe im Falle der rückwirkenden Aufhebung des Unterlassungstitels an den Schuldner zurückzuzahlen hat, wird vom Schrifttum meist unter dem Gesichtspunkt der formellen Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses erörtert. Nach der h.L. kann die rückwirkende Aufhebung des Unterlassungstitels nach dem Eintritt der Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses kein Rückforderungsrecht bezüglich der gezahlten Geldstrafe begründen [180]. Ob hieraus zu folgern ist, daß bei einer vor Eintritt der Rechtskraft, aber nach Vollziehung der Straffestsetzung erfolgenden Aufhebung des Titels die Geldstrafe zurückzuzahlen sei, bleibt unklar [181].

---

180) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm. III 3; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 4 A; Zöller, § 890 Anm. 1 c; OLG Naumburg JW 1936, 2578 f, mit zustimmender Anmerkung von Jonas.

181) So ausdrücklich nur Wieczorek, § 890 Anm. D II b, der ausführt, daß eine Geldstrafe nur zurückgezahlt werde, wenn der Beschluß aufgehoben oder vor seiner Rechtskraft der Titel oder der Androhungsbeschluß verändert (eingestellt) werde.

Auch hier sei darauf hingewiesen, daß sich das hier angeschnittene Problem natürlich für diejenigen nicht ergibt, die der Aufhebung des Unterlassungstitels keine Auswirkung auf die Strafbarkeit einer begangenen Zuwiderhandlung beimessen [182].

Anders dagegen die bemerkenswerten Ausführungen von F a l k m a n n - M u g d a n [183], wonach auch die rechtskräftige Straffestsetzung mit dem Schuldtitel fallen und der Staat in entsprechender Anwendung des § 60 KassenO die zu Unrecht vereinnahmte Geldstrafe auf Anordnung der Strafvollstreckungsbehörde, die die Einzahlung veranlaßt habe, zurückzahlen müsse.

2. Nach der hier vertretenen Meinung dient das Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO ausschließlich der Beugung des Schuldnerwillens und nicht der Ahndung des Verstoßes gegen das richterliche Ge- oder Verbot. Wird der Unterlassungstitel vom Berufungsgericht oder im Widerspruchsverfahren (einstweilige Verfügung) aufgehoben, so wird damit der erfolgten Strafvollstreckung die Grundlage entzogen. Bei der Vollstreckung aus einem Leistungstitel hat das zur Folge, daß die im Wege oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung vorgenommene Vermögensverschiebung wieder rückgängig gemacht werden muß. Nach § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO entsteht ein Schadensersatzanspruch und im Falle des § 717 Abs. 3 ZPO ein Bereicherungsanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger. Wenn der Schuldner eine Geldstrafe nach § 890 ZPO gezahlt hat, so hat nicht der Gläubiger, sondern die Staatskasse diesen Geldbetrag erhalten. Daran, daß die Geldstrafe an den Staat, nicht an den Gläubiger zu zahlen ist, ist auch nach der hier vertretenen Ansicht, daß die Strafe eine reine Beugemaßnahme ist, festzuhalten. Wollte man dem Gläubiger die Strafe zusprechen, so würde das zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers führen, der ja ohnehin einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Zuwiderhandlung des Schuldners entstandenen Schadens behält (§ 893 Abs. 1 ZPO). Es erfolgt hier also nicht eine Vermögensverschiebung zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern zwischen Schuldner und Staatskasse. Wird dieser Ver-

182) So meinen Schönke-Baur (6.Aufl.1956 S.148),die Aufhebung des Vollstreckungstitels habe weder die Aufhebung des Straffestsetzungsbeschlusses noch die Rückzahlung der beigetriebenen Strafe zur Folge. In den späteren Auflagen wird hierzu nicht mehr Stellung genommen.

183) S. 957.

mögensverschiebung die Grundlage entzogen, so muß sie ebenso rückgängig gemacht werden, wie eine durch Zwangsvollstreckung aus einem Leistungstitel erfolgte Vermögensverschiebung. Es ist nicht einzusehen, warum sich der Staat auf Kosten des Schuldners oder auch des Gläubigers, wenn man seine Schadensersatzpflicht nach §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO bejaht und er Ersatz leistet, sollte bereichern dürfen. Natürlich braucht die Staatskasse nur die empfangene Leistung, also die vom Schuldner gezahlte Geldstrafe zu erstatten, nicht aber einen darüber hinaus dem Schuldner entstandenen Schaden zu ersetzen.

Die Geldstrafe des § 890 ZPO wird im Saarland nach den Vorschriften der bundeseinheitlich beschlossenen Anordnung über die Einforderung und Beitreibung von Vermögensstrafen und Verfahrenskosten beigetrieben [184]. Vermögensstrafen im Sinne dieser Anordnung sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 c Ordnungs- und Erzwingungsstrafen mit Ausnahme der im Auftrage eines Gläubigers zu vollstreckenden Zwangsstrafen. Als im Auftrage des Gläubigers zu vollstreckende Zwangsstrafe wird die Geldstrafe des § 888 ZPO behandelt, die im Saarland nach den bundeseinheitlichen Vorschriften der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) in der ab 1. Januar 1969 geltenden Fassung vollstreckt wird [185].

Die Vollstreckung der Geldstrafe nach § 888 ZPO und die Vollstreckung der nach § 890 ZPO festgesetzten Geldstrafe unterscheiden sich darin, daß bei der ersten der Gläubiger und bei der letzteren das Prozeßgericht den Vollstreckungsauftrag gibt. Nach der hier vertretenen Lösung von der Gleichbehandlung der Strafen des § 888 und 890 ZPO müßte auch die Vollstreckung der Strafe einheitlich erfolgen. Da nun aber die Vollstreckungsorgane gehalten sind, die oben genannten Vorschriften zu beachten, muß auch hier von dieser Grundlage ausgegangen werden.

---

184) LV des JM Nr. 48/1958 vom 1.12.1958, JBl.Saar 1959, 22 ff, in der Fassung der LV des JM vom 5.3.1963 und der AV des JM vom 31. 8. 1968.

185) § 205 GVGA lautet:
" Strafen nach § 888 ZPO.Geldstrafen, die gegen den Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Erzwingung einer Handlung festgesetzt sind (§ 888 Abs.1 ZPO), werden im Auftrag des Gläubigers vollstreckt. Sie gebühren der Landeskasse; der Gerichtsvollzieher überweist sie nach der Einziehung unmittelbar an die Gerichtskasse."

Nach § 14 der Anordnung über die Einforderung und Beitreibung von Vermögensstrafen und Verfahrenskosten [186] sind zu Unrecht vereinnahmte Vermögensstrafen auf Anordnung der Vollstreckungsbehörde zurückzuzahlen. Diese Vorschrift ist auf die hier untersuchten Fälle, in denen der Vollstreckungstitel rückwirkend aufgehoben worden ist, anwendbar. Die Gerichtskasse muß also die Geldstrafe zurückerstatten, wenn eine entsprechende Anordnung der Vollstreckungsbehörde, also des Prozeßgerichts [187], ergeht; für diesen Vorgang bei der Gerichtskasse gilt § 92 Abs. 1 der Justizkassenordnung [188]. Lehnt das Prozeßgericht die Anordnung der Zurückzahlung ab, so muß dem Schuldner hiergegen ein Rechtsmittel zustehen. Wenn auch die Zwangsvollstreckung zunächst einmal abgeschlossen ist, so geht es doch um die Rückgängigmachung der Strafvollstreckung, so daß die sofortige Beschwerde des § 793 ZPO als das statthafte Rechtsmittel angesehen werden kann. Antrags- und beschwerdeberechtigt muß neben dem Schuldner auch der Gläubiger sein, dessen etwa bestehende Schadensersatzpflicht nach §§ 717, 945 ZPO durch die Zurückzahlung der Geldstrafe durch die Staatskasse gemindert wird oder sogar ganz entfällt, wenn beim Schuldner kein weiterer Schaden entstanden ist.

Eine Rückzahlungspflicht der Staatskasse wird man auch dann bejahen müssen, wenn der Gläubiger den Strafantrag zurücknimmt, nachdem der Schuldner die festgesetzte Geldstrafe gezahlt hat.

Die obigen Ausführungen gelten unabhängig davon, ob der Straffestsetzungsbeschluß bereits rechtskräftig ist oder nicht.

---

186) § 14 Abs. 1 lautet:

" Sind Vermögensstrafen zu Unrecht vereinnahmt worden oder auf Grund besonderer Ermächtigung zurückzuzahlen, so ordnet die Vollstreckungsbehörde die Zurückzahlung an."

187) Nach § 3 b ist Vollstreckungsbehörde diejenige Behörde oder Dienststelle der Behörde, die auf die Strafe erkannt hat, oder, soweit es sich um eine kollegiale Behörde oder Dienststelle handelt, deren Vorsitzender.

188) Im Saarland gilt noch die Justizkassenordnung vom 30.1.1937, allerdings mit einigen Änderungen.
§ 92 Abs. 1 lautet: " Die Zurückzahlung von Strafen am Vermögen erfolgt auf Anordnung der Behörde, welche die Einzahlung veranlaßt hat. Die Anordnung wird auch dann von dieser Behörde getroffen, wenn außer der Strafe auch Kosten des Verfahrens oder der Strafvollstreckung zurückzuzahlen sind."

Der Rückzahlungsanspruch des Schuldners gegen die Staatskasse wird nicht davon berührt, daß er einen Schadensersatzanspruch nach §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO gegen den Gläubiger hat. Daß dem so ist, läßt sich leicht an Hand des § 717 Abs. 3 ZPO beweisen. Hat das Landgericht die Unterlassungsklage abgewiesen, erläßt dann das OLG auf die Berufung des Klägers das Unterlassungsurteil und wird dieses in der Revision vom BGH aufgehoben und die Unterlassungsklage abgewiesen, so kann der Schuldner vom Gläubiger keinen Schadensersatz verlangen (§ 717 Abs. 3 ZPO). Der Bereicherungsanspruch nach § 717 Abs. 3 ZPO nützt ihm nichts, denn der Gläubiger ist nicht bereichert, da nicht er, sondern die Staatskasse die Geldstrafe erhalten hat. In einem solchen Falle bleibt daher dem Schuldner nur der Rückzahlungsanspruch gegen die Staatskasse.

3. Ein Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger kann nur nach § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO gegeben sein. Ob diese Vorschriften im Rahmen des § 890 ZPO anwendbar sind, ist bestritten. Die h.L. lehnt eine Anwendung ab [189].

Diese Meinung beruht auch hier auf einer verfehlten "strafrechtlichen" Behandlung der Strafe des § 890 ZPO. So hat das R e i c h s g e r i c h t, dessen Entscheidung wohl maßgebend für die h.L. war, ausgeführt:[190]

> Die Strafe des § 890 ZPO sei nicht lediglich ein Zwangsmittel, sondern gleichzeitig eine Sühne für die bereits erfolgte Zuwiderhandlung. Die Handlung des Schuldners könne nicht dadurch nachträglich zu einer rechtmäßigen werden, daß die einstweilige Verfügung von Anfang an im Verhältnis von Gläubiger zu Schuldner ungerechtfertigt gewesen sei. Die Strafe sei dann nicht eine Folge der unter Verantwortung des Gläubigers stehenden Vollstreckung der einstweiligen Verfügung, vielmehr die Folge einer unter der alleinigen Verantwortung des Schuldners stehenden, durch eine selbständige Handlung begangenen Straftat. Es widerspreche aber dem gesunden Rechtsgefühl, wenn dem Schuldner die Möglichkeit gegeben

---

189) RG SA 75, 311 f; Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm. 4 A; Sydow-Busch, § 890 Anm. 2 a; Förster-Kann, § 890 Anm. 5 e; Wieczorek, § 890 Anm. D II a; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 III 3; Rosenberg, S. 902 und S. 1113; Mohr, S. 67, 68; a.A. Lüke, JZ 1959, 370; Kuhnt, DR 1941, 2369 ff, (2382 f); wohl auch KG JW 1922, 1047 f; Oertmann, ebenda; Pastor, S. 454, bezüglich § 945 ZPO; Zöller, § 717 Anm. 2 a, unklar bei § 890 Anm. 1 c, anscheinend ablehnend bei § 945 Anm. a.E.

190) RG SA 75, 311 f

wäre, die Folgen seines strafbaren Verhaltens dem Gläubiger aufzubürden. Außerdem stelle sich der Ungehorsam des Schuldners als ein Zuwiderhandeln gegen den staatlichen Vollstreckungsakt der Strafandrohung dar. Den Ersatz der wegen eines solchen Zuwiderhandelns verhängten Strafe könne der Schuldner dem Gläubiger ebensowenig aufbürden, wie er dies bei einer Strafe tun könne, die ihm wegen Widersetzlichkeit gegen eine Pfändung auferlegt worden sei.

Wenn der Vollstreckungstitel ex tunc als ungerechtfertigt aufgehoben wird, so erweist sich damit die Handlung des Schuldners als berechtigt. Da die Strafe des § 890 ZPO ein reines Zwangsvollstreckungsmittel ist und nicht dazu dient, den Ungehorsam des Schuldners gegen das gerichtliche Ge- oder Verbot zu bestrafen, stellt sich die Frage, ob der Schuldner die Folgen eines solchen Ungehorsams auf den Gläubiger abwälzen könne, gar nicht. Bereits K u h n t [191] hat darauf hingewiesen, daß es inkonsequent sei, eine noch nicht vollstreckte Strafe aufzuheben, wenn der Titel ex tunc aufgehoben werde, eine Entschädigung wegen einer bereits vollzogenen Strafe jedoch abzulehnen. Wollte man die Argumentation des RG konsequent weiter verfolgen, so müßte eine Strafe trotz Aufhebung des Titels noch vollstreckt werden. Das nimmt aber selbst das RG nicht an [192]. Es ist auch nicht richtig, daß - wie das RG ausgeführt hat - die Strafe keine Folge der Vollstreckung sei, denn ihre Festsetzung und Vollstreckung sind Vollstreckungsakte [193]. K u h n t weist auch zutreffend darauf hin, daß der Ungehorsam des Schuldners im Falle des § 890 ZPO nicht mit einer Bestrafung wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB) zu vergleichen ist; er kann nicht anders gewertet werden als sonst der Ungehorsam des Schuldners, der dem Urteilsbefehl nicht nachkommt, also z.B. die ihm befohlene Herausgabe einer Sache unterläßt. Auch dort schließt der Ungehorsam des Schuldners seinen Schadensersatzanspruch nach §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO nicht aus.

Auch im Verfahren des § 890 ZPO gilt der in §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke, daß der Gläubiger das Risiko dafür trägt, daß er auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren, also noch nicht rechtskräftigen Titels oder nur auf Grund einer in einem summarischen Verfahren erlangten, nicht endgültigen Entscheidung (einstweilige Verfügung) die Zwangsvoll-

---

191) DR 1941 aaO.
192) RGZ 43, 396 ff.
193) Kuhnt aaO.

streckung gegen den Schuldner betreibt, also staatliche Zwangsmaßnahmen veranlaßt, deren Vornahme nur in einem rechtskräftigen und endgültigen Titel ihre Rechtfertigung finden [194]. Es besteht kein Anlaß, ihm dieses Risiko, das er bei allen anderen Titeln trägt, beim Duldungs- und Unterlassungstitel abzunehmen.

Sind also die Vorschriften der §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO auch im Verfahren des § 890 ZPO anwendbar, so wird ihre Anwendung auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Straffestsetzungsbeschluß rechtskräftig geworden ist [195].

Besteht der Schaden des Schuldners darin, daß er eine Geldstrafe gezahlt hat, so ist der Schuldner darauf zu verweisen, daß er zunächst seinen Rückerstattungsanspruch gegen die Staatskasse geltend macht; es ist gerechtfertigt, daß der Gläubiger insoweit nur subsidiär haftet, also nur dann, wenn der Antrag des Schuldners auf Rückerstattung abgelehnt wird und seine Beschwerde keinen Erfolg hat. In der Praxis wird dies allerdings die Regel sein, da die h.L. dem Schuldner keinen Rückerstattungsanspruch gegen den Staat zubilligt. Erhält aber der Schuldner von der Gerichtskasse die gezahlte Strafe zurück, so braucht der Gläubiger nach §§ 717 Abs. 2,945 ZPO nur einen darüber hinaus gehenden Schaden zu ersetzen. Hat der Schuldner eine Haftstrafe verbüßt, so hat der Gläubiger den aus dem Haftvollzug erwachsenen Schaden zu erstatten [196].

Die von F ö r s t e r - K a n n [197] und M o h r [198] vorgeschlagene Anwendung des Gesetzes betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. 5. 1898 scheidet aus. Gegen eine Anwendung spricht auch - worauf L ü k e hinweist [199] - die Tatsache, daß dieses Gesetz nur Ersatz für den dem Schuldner durch die Vollstreckung des Straffestsetzungsbeschlusses zugefügten Schaden gewähren würde, nicht dagegen für denjenigen Schaden, der ihm durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Die Anwendung des genannten Gesetzes würde also

---

194) Lüke aaO.
195) Lüke aaO.
196) Zöller, § 717 Anm. 2 a
197) § 890 Anm. 5 e
198) S. 67 ff
199) JZ 1959 aaO.

zu dem unglücklichen Ergebnis führen, daß der Schuldner, der mit Rücksicht auf die Strafandrohung oder die Straffestsetzung sich dem Verbot fügt und dadurch Schaden erleidet, schlechter gestellt ist als derjenige, der das Verbot mißachtet und dafür mit einer Geldstrafe belegt wird.

4. Da nach der hier vertretenen Meinung der Schuldner im Falle der rückwirkenden Aufhebung des Vollstreckungstitels einen Anspruch gegen die Staatskasse auf Rückerstattung einer gezahlten Geldstrafe und außerdem einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger hat, da es also entgegen der h.L. nicht bei der vollzogenen Straffestsetzung verbleibt und da deren Folgen -soweit möglich- rückgängig gemacht oder zumindest durch Schadensersatz ausgeglichen werden müssen, ist auch der bereits vollzogene Straffestsetzungsbeschluß aufzuheben, wobei auch hier der Eintritt der formellen Rechtskraft nicht entgegensteht.

3. Abschnitt

§ 11

Die Vollstreckung eines auf eine Dauerverpflichtung gerichteten Titels

Obwohl die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist, soll ein Problem dieses Verfahrens behandelt werden, nämlich das der Dauerverpflichtung und der sich fortgesetzt wiederholenden Verpflichtung, da die Ansicht vertreten wird, daß derartige Titel nach §890 ZPO zu vollstrecken seien.

Als Beispiel für eine Dauerverpflichtung sei der eingangs der Arbeit genannte Fall [1] angeführt:

> M hat eine Wohnung in einem Hause mit einer Sammelheizung (Koks) gemietet. Der Vermieter V, der die Heizung bedient, beheizt die Räume des M nicht ausreichend. M erwirkt eine einstweilige Verfügung, in der dem V unter Strafandrohung aufgegeben wird, in der Zeit vom 1.Oktober bis 30.April die Räume des M mit mindestens 20° Celsius zu beheizen.

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen

Es ist streitig, nach welcher Vorschrift die Vollstreckung eines solchen Titels zu erfolgen hat. Auszugehen ist zunächst einmal davon, daß es sich um die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung, nicht um eine Unterlassung handelt, allerdings nicht um eine nur einmal vorzunehmende Handlung, sondern um eine solche, die sich über einen längeren Zeitraum, nämlich die gesamte Heizperiode, erstreckt. Man spricht hier von einer D a u e r v e r p f l i c h t u n g .[2]

Legt man die bei der Unterscheidung einer vertretbaren von einer unvertretbaren Handlung allgemein übliche Begriffsbestimmung zugrunde, daß eine Handlung vertretbar ist, wenn es für den Gläubiger gleich bleibt, ob der Schuldner oder ein Dritter die Erfüllungshandlung erbringt[3], so ist das ordnungsgemäße Beheizen der Mieträume eine vertretbare Handlung, da es für den Mieter rechtlich und wirtschaftlich

1) Seite 5 der Arbeit.
2) Petermann, Rpfleger 1959, 309 ff (310).
3) Baumbach - Lauterbach, § 887 Anm.2 B.

belanglos ist, ob der Vermieter oder ein Dritter das Heizen besorgt. Daher vertreten auch die Kommentare weitgehend diese Ansicht [4].

Wie die Instanzgerichte frühzeitig erkannt haben, liegen dagegen die Dinge in der Praxis nicht so einfach. Allerdings macht die Tatsache, daß bei der Ersatzvornahme der Mieter oder ein Dritter die Räume des Schuldners betreten und dessen Anlage bedienen müßte, die Handlung noch nicht zu einer unvertretbaren. Derartige Eingriffe in seinen Besitz und seine sonstigen Rechte muß sich der Schuldner auf Grund des vorliegenden Vollstreckungstitels gefallen lassen; er muß dem Dritten den freien Zugang und die Benutzung der Anlage gestatten. Zur Beseitigung des Widerstandes des Schuldners kann der Gläubiger einen Gerichtsvollzieher hinzuziehen, der seinerseits die Hilfe der Polizei in Anspruch nehmen kann (§ 892 ZPO).

Die praktischen Schwierigkeiten ergeben sich vielmehr aus dem Charakter der geschuldeten Handlung als einer Dauerverpflichtung. Nicht nur einmal, sondern jedesmal, wenn die Temperatur absinkt, müßte der Mieter oder ein Dritter tätig werden, die Anlage bedienen und hierzu den evtl. Widerstand des Schuldners auf die oben bezeichnete Weise durch Hinzuziehung eines Gerichtsvollziehers brechen, und dies bei besonders großer Schikane des Vermieters mehrmals am Tage und vielleicht noch abends. Wenn der Mieter selbst (etwa infolge Alters oder Krankheit) die Heizung nicht bedienen kann, müßte ständig ein Dritter zur Stelle sein; das liefe in vielen Fällen praktisch darauf hinaus, daß ein Heizer angestellt werden müßte. Eine derartige Lösung ist praktisch undurchführbar und eine Vollstreckung nach § 887 ZPO daher unbrauchbar. Aus diesen Gründen muß aus

---

4) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 888 Anm. I 1; Wieczorek, § 887 Anm. C II a 1; Baumbach-Lauterbach, § 887 Anm. 6 unter " Vermieter"; a.A. Zöller, § 888 Anm. 1
Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß es in dem obigen Fall um den ständigen Betrieb, nicht um die einmalige Instandsetzung einer defekten Heizungsanlage geht.

praktischen Erwägungen ein auf eine derartige Dauerverpflichtung gerichteter Titel nach einem anderen Verfahren als dem des § 887 ZPO vollstreckt werden. Die Gerichte haben dadurch zu helfen versucht, daß sie die Verpflichtung zum Betrieb einer Sammelheizung als eine unvertretbare Handlung ansahen [5].

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Vollstreckung wegen einer sich fortgesetzt wiederholenden Verpflichtung, zum Beispiel bei einer Herausgabepflicht, deren Erfüllung sich ständig wiederholen muß, sodaß wegen des auch hier vorhandenen Zeitmoments diese Fälle denjenigen der Dauerverpflichtung gleichgestellt werden können.

Hierher gehört der vom O L G D ü s s e l d o r f entschiedene Fall [6]:

> Der Gläubiger ist der Vormund der wegen Geisteskrankheit entmündigten Ehefrau des Schuldners. Durch Urteil wurde dem Schuldner im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben, seine Ehefrau an jedem ersten und dritten Mittwoch eines jeden Monats für die Zeit von 14.oo bis 18.oo Uhr an den Gläubiger herauszugeben. Der Schuldner hat die Zwangsvollstreckung wiederholt vereitelt, indem er seine Ehefrau an den betreffenden Tagen anderswohin verbrachte und ihren Aufenthaltsort verschwieg.

Die Zwangsvollstreckung nach § 883 ZPO, der auf die Herausgabe von Personen analog angewandt wird, ist praktisch unbrauchbar, da sich die Erfüllung der Herausgabepflicht ständig zu wiederholen hat. Wäre der Gläubiger auf das Zwangsmittel des § 883 Abs. 2 ZPO, also auf den Offenbarungseid des Schuldners, angewiesen, so könnte der Schuldner der Herausgabepflicht immer wieder zuwiderhandeln und dadurch die Rechte des Gläubigers vereiteln. Die Ableistung des Offenbarungseides käme immer zu spät; sie wäre stets erst zu einem Zeitpunkt möglich, in dem der Gläubiger keinen Anspruch mehr auf die Überlassung des

---

5) OLG Hamm JMBlNRW 1962, 196 f; LG Essen, RPfleger 1959, 358 f; KG OLGE 40, 417 ff; KGJW 1923, 1042 f; so auch Petermann, RPfleger 1959, 309 ff, 310, Zöller, § 888 Anm. 1; a.A. OLG Frankfurt JW 1925, 2346.

6) JMBlNRW 1963, 32 f.

Mündels hat. Seine Rechte können nicht dadurch gewahrt werden, daß der Schuldner z.B. am Donnerstag unter Eid aussagt, wo seine Frau sich am vorhergehenden Mittwoch befand [7]. Aus diesen Gründen hat das OLG D ü s s e l d o r f die Zwangsmittel des § 888 ZPO für anwendbar gehalten [8].

II. Die Anwendbarkeit des § 888 ZPO

Die aus der zeitlichen Eigenart derartiger Verpflichtungen herrührenden Schwierigkeiten in der Zwangsvollstreckung rechtfertigen es, die Zwangsmittel des § 888 Abs. 1 ZPO, also Geld- oder Haftstrafen, zu gebrauchen, um den Schuldner gefügig zu machen, da das Vollstreckungsverfahren nach § 887 und § 883 ZPO bei einem hartnäckigen Schuldner keine hinreichende Wirksamkeit entfaltet. Die Festsetzung und Vollstreckung einer Strafe können natürlich die Nichtbeachtung des Titels durch den Schuldner nicht ungeschehen machen und die Folgen dieses Ungehorsams, daß also der Mieter frieren mußte oder der Vormund an dem fraglichen Tag sein Mündel nicht zu Gesicht bekam, nicht rückwirkend beseitigen. Die Erfüllung der Dauerverpflichtung oder der sich ständig wiederholenden Verpflichtung ist zeitgebunden; hierin unterscheiden sich diese Fälle grundlegend von dem Normalfall einer Herausgabepflicht oder einer Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung. Obliegt dem Schuldner die einmalige Verpflichtung zur Herausgabe eines Gegenstandes, so wird der Anspruch des Gläubigers - von einem eventuellen Verzugsschaden abgesehen - auch bei einer vom Schuldner verzögerten Herausgabe voll erfüllt. Nimmt der Schuldner eine unvertretbare einmalige Handlung, etwa eine Rechnungslegung, erst vor, nachdem eine Geldstrafe gegen ihn festgesetzt worden ist, so stellt die Leistung auch hier - von einem Verzugsschaden abgesehen - eine volle Erfüllung dar.

---

7) Vgl. OLG Düsseldorf aaO.

8) So auch schon das OLG Düsseldorf in NJW 1958, 1831 f, in dem ähnlichen Fall der Verpflichtung zur Herausgabe eines Kindes zu bestimmten Zeitpunkten.

Können auch die Festsetzung und Vollstreckung einer Strafe für die Vergangenheit nicht helfen, so erscheinen sie doch als ein wirksames Mittel, um den Schuldner zu bewegen, wenigstens künftig seiner Verpflichtung nachzukommen, also die Mieträume zu beheizen oder dem Vormund an den fraglichen Tagen das Mündel zur Verfügung zu stellen. Wegen der Zeitgebundenheit der zu erbringenden Leistung ist der Gläubiger in diesen Fällen weitgehend vom guten Willen des Schuldners abhängig. Daher muß versucht werden, auf die Willensbildung des Schuldners Einfluß zu nehmen und Druck auszuüben; nicht eine unmittelbare Zwangsvollstreckung, sondern nur eine mittelbare Vollstreckung durch eine Strafe als ein psychologisches Zwangsmittel kann Erfolg versprechen. Die Situation ist also keine andere als diejenige der §§ 888 und 890 ZPO.[9)]

III. Abwendung einer Straffestsetzung durch Teilerfüllung

Mit der Anwendung des § 888 ZPO auf die Fälle der Dauerverpflichtung und der Verpflichtung zu sich ständig wiederholenden Handlungen scheinen aber noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der Schuldner die Festsetzung oder die Vollstreckung der Strafe dadurch abwenden kann, daß er die geschuldete Leistung erbringt, nachdem er seiner Verpflichtung zunächst nicht nachgekommen ist, also z.B. einige Tage nicht geheizt hat. Da die Strafe des § 888 ZPO nach herrschender und auch nach der hier vertretenen Meinung eine reine Beugemaßnahme darstellt, darf der Schuldner die Strafe bis zu ihrer Beitreibung durch Erfüllung abwenden.[10)] Wird also z.B. gegen den zur Rechnungslegung verpflichteten Schuldner auf Antrag des Gläubigers eine Strafe festgesetzt, so wird diese Strafe nicht vollstreckt, wenn der Schuldner unter dem Druck der Straffestsetzung ordnungsgemäß Rechnung legt.

Wendete man diesen Grundsatz auf die Fälle der Dauerverpflichtung an, so könnte man auf den ersten Blick annehmen, daß der Vermieter, der den Mieter einige Tage frieren ließ, der Vollstreckung der auf Antrag des Mieters gegen ihn fest-

9) Vgl. Seite 52 ff, 62 f. der Arbeit.
10) Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 3 B.

gesetzten Strafe entgehen könnte, indem der dem Gericht nachweist, daß er nunmehr die Mieträume ordnungsgemäß beheizt. Verstößt der Vermieter dann wiederum gegen seine Pflicht zum Beheizen und stellt der Mieter abermals Strafantrag, so könnte der Vermieter erneut eine Bestrafung abwenden, indem er vorübergehend richtig heizt. Auf diese Weise könnte der Vermieter ständig seine Verpflichtung aus dem Mietvertrag verletzen, ohne daß gegen ihn auch nur ein einziges Mal eine Bestrafung durchgeführt werden könnte, und er könnte dieses Verhalten fortsetzen, bis schließlich die Heizperiode verstrichen ist.

Ähnliche Konsequenzen würden sich in dem Beispiel mit der sich ständig wiederholenden Herausgabepflicht ergeben: Wenn der Schuldner an einem Mittwoch das Mündel an einen anderen Ort verbringt, den er dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher gegenüber verschweigt,und der Vormund am Donnerstag Strafantrag stellt und daraufhin eine Strafe festgesetzt wird, so könnte der Schuldner eine Strafvollstreckung dadurch abwenden, daß er beim folgenden Termin das Mündel dem Vormund übergibt und dies dem Gericht anzeigt. Beim nächsten Mal könnte er die Herausgabe wiederum vereiteln und die Strafvollstrekkung vermeiden, indem er beim übernächsten Mal seiner Verpflichtung wieder nachkommt. Dieses Verhalten könnte er beliebig fortsetzen und dadurch die Rechte des Gläubigers ungestraft verletzen.

Wegen dieser vermeintlichen Unzulänglichkeiten bei der Anwendung des § 888 ZPO hat man nach anderen Auswegen gesucht.

1.So hat bereits das K a m m e r g e r i c h t im Jahre 1919 in einem Fall der nicht ausreichenden Beheizung der Mieträume durch den Vermieter die entsprechende Anwendung des § 890 ZPO für zulässig und geboten gehalten [11]. Zur Begründung hat es ausgeführt:

> Die Vorschrift des § 888 ZPO passe nur für die Erzwingung einzelner Handlungen, bei denen es nicht entscheidend sei, ob sie früher oder später vorgenommen würden; sie reiche dagegen nicht aus, wenn Handlungen erzwungen werden sollten, die zu einer bestimmten Zeit vorgenommen werden müßten und nicht nachgeholt werden könnten; dies gelte für

11) OLGE 40, 417 ff; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1969, 1817.

Dauerpflichten und sich fortgesetzt wiederholende Pflich - ten. Für die abgelaufene Zeit könne die Handlung nicht mehr erzwungen werden, aber auch die künftige Erfüllung werde nach § 888 ZPO nur unvollkommen erlangt werden können; denn der Schuldner könne der Bestrafung entgehen, wenn er be - weise, daß er nunmehr die Heizung ordnungsgemäß betreibe; das werde er wiederholen können, auch wenn er inzwischen immer wieder die Heizungspflicht vernachlässige. Ein geeig- netes Mittel, um den Schuldner zur Erfüllung derartiger Dauerverpflichtungen anzuhalten, biete deshalb nur die ent- sprechende Anwendung des § 890 ZPO, da die Unterlassungs- pflichten ebenfalls Dauerpflichten seien, deren einmal ge- schehene Verletzung nachträglich nicht wieder beseitigt werden könne.

Das KG hat in einer späteren Entscheidung [12] an dieser Mei- nung festgehalten und zusätzlich darauf hingewiesen, daß inso- weit eine Lücke im Gesetz bestehe. Auch das O L G H a m m [13] hat sich dieser Auffassung angeschlossen, ebenso auch Peter - mann [14].

2. Einen anderen Weg will B u l l gehen [15]. Er hält eben- falls die Anwendung des § 890 ZPO für angebracht und angemes- sen, kommt hierzu aber nicht durch eine entsprechende Anwen - dung der Vorschrift, sondern dadurch, daß er bereits den Spruchrichter für verpflichtet hält, die Entscheidungsformel im Sinne einer Unterlassungspflicht des Schuldners zu formu- lieren. Als Beispiel schlägt er vor:

"Es wird dem Beklagten bei Meidung von Geld- oder Haft- strafen für jeden Fall der Zuwiderhandlung verboten, die Temperatur in der Wohnung des Klägers auf weniger als 20° C absinken zu lassen."

Diesem Vorschlag Bulls kann nicht zugestimmt werden. Der Spruchrichter muß in der Entscheidungsformel die Verpflich- tung des Beklagten so formulieren, wie sie sachlich-recht = lich zu qualifizieren ist. Es kann nun aber keinem Zwei - fel unterliegen, daß die Verpflichtung des Vermieters zur Beheizung der Mieträume die Vornahme einer Handlung, und nicht eine Unterlassung zum Inhalt hat.

---

12) JW 1923, 1042 f.
13) JMBlNRW 1962, 196 f.
14) Rpfleger 1959, 310 ff (310, 311).
15) Prozeßkunst, S. 19 ff.

Dem Mieter ist nicht damit gedient, daß sich der Vermieter während der Heizperiode passiv verhält; der Vermieter muß vielmehr verschiedene Tätigkeiten verrichten, um die Temperatur auf der richtigen Höhe zu halten. Der Vermieter hat nach § 536 BGB die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten; zu diesen Pflichten des Vermieters gehört auch die Sorge für die Heizung, wenn eine Sammelheizung vorhanden ist [16]. Aus dieser Pflicht zur Vornahme einer Handlung kann der Spruchrichter nicht eine Unterlassungspflicht machen, nur um spätere Schwierigkeiten in der Zwangsvollstreckung zu vermeiden.

3. Eine Anwendung des § 890 ZPO kann, wie es das KG getan hat, nur eine analoge sein. Das zur Begründung angeführte Argument, § 888 ZPO passe nicht für die Erzwingung von Handlungen, die zu einer bestimmten Zeit vorgenommen werden müßten und die nicht nachgeholt werden könnten, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Die Tatsache, daß bei der Dauerverpflichtung die Handlung für die Vergangenheit nicht nachgeholt werden kann, ist kein Gesichtspunkt, der die Anwendung des § 890 anstelle des § 888 ZPO rechtfertigen könnte. Kein Vollstreckungsmittel, auch nicht die Strafe des § 890 ZPO, vermag dieses Wunder zu vollbringen. Diese Eigenart gibt es nicht nur bei der Dauerverpflichtung, sondern auch bei einer Handlung, die vom Schuldner nur einmal, aber zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen ist. Hierzu läßt sich folgender Fall bilden [17]:

> Eine Partei mietet von einem Hauseigentümer einen Saal, um darin am Vormittag des 1. Mai eine Veranstaltung durchzuführen. Auf den Druck einer anderen Partei hin erklärt der Vermieter der ersten Partei, er werde den Saal nicht zur Verfügung stellen. Die Partei erwirkt eine einstweilige Verfügung, mit der dem Vermieter aufgegeben wird, am Vormittag des 1. Mai den Saal zur Verfügung zu stellen. Der Vermieter kommt dieser Verpflichtung nicht nach und verhindert auf diese Weise die Veranstaltung.

---

16) Soergel-Siebert-Mezger, §§ 535, 536, Rdnr. 66.
17) Der Fall wurde dem der Entscheidung des OVG Lüneburg, DVBl 1969, 119 f, zugrundeliegenden Fall nachgebildet.

Daß hier eine Bestrafung erfolgen muß, wurde bereits dargelegt [18]; die Bestrafung vermag aber an der Tatsache nichts zu ändern, daß die geschuldete, aber unterbliebene Handlung nicht mehr nachgeholt werden kann. Die Bestrafung wird in diesem Falle auch aus einem ganz anderen Grunde durchgeführt, nämlich um die allgemeine Tauglichkeit der Vollstreckung zu wahren und zu sichern, weil sonst die Strafe jeden Effekt verlieren, keinen psychologischen Druck mehr ausüben und als Beugemittel untauglich werden würde [19].

Daher geht es in den Fällen der Dauerverpflichtung auch gar nicht darum, eine Zwangsvollstreckung wegen der in der Vergangenheit unterbliebenen Handlung durchzuführen, sondern allein darum, wenigstens für die Zukunft die Erfüllung sicher zu stellen.

Nicht zutreffend ist das vom KG weiter gebrauchte Argument, § 890 ZPO sei deshalb anwendbar, weil die Pflicht zu einer dauernden Handlung der Unterlassungspflicht ähnlich sei, weil auch diese eine Dauerpflicht sei. Das ist nur in der Regel, aber nicht immer der Fall, wie das Beispiel der Unterlassung einer nur einmal möglichen Handlung zeigt.

4. Abgesehen von dieser Kritik an der Begründung könnte der Ansicht des KG von der Anwendbarkeit des § 890 ZPO aus praktischen Erwägungen ohne Bedenken gefolgt werden, wenn die Prämisse -nämlich die behauptete Unzulänglichkeit bei der Anwendung des § 890 ZPO- zuträfe.[20] Hier zeigt sich nun aber, daß in dem Gedankengang, der zur analogen Anwendung des § 890 ZPO angeführt wird, ein entscheidender Fehler enthalten ist. Wenn nämlich der Vermieter am 15. Oktober die Räume des Mieters ordnungsgemäß beheizt, während er das am 14. Oktober nicht getan hat, erfüllt er damit seine Verpflichtung für diesen Tag, und nicht

---

18) Vgl. Bettermann, DVBl 1969, 120 ff, und Fußnote 62, Seite 92 der Arbeit.
19) Vgl. Bettermann aaO.
20) Nach der hier vertretenen Ansicht könnte die analoge Anwendung des § 890 ZPO ohnehin nicht weiter helfen, da die Strafen der §§ 888, 890 ZPO beide in gleichem Maße als reine Beugemaßnahmen zu behandeln sind.

für den 14. Oktober; er kann die Erfüllung für den 14. Oktober nicht nachholen und die Tatsache, daß der Mieter gefroren hat, nicht ungeschehen machen. Ebenso erfüllt der Schuldner, der am 3. Mittwoch des Monats das Mündel an den Vormund herausgibt, seine für diesen Tag bestehende Verpflichtung, und nicht etwa seine am 1. Mittwoch bestandene, aber versäumte Herausgabepflicht.

Der Schuldner erbringt also gar nicht (weil nicht möglich) für die vergangene Zeit die geschuldete Leistung, und deshalb muß eine Straffestsetzung oder -vollstreckung nicht aus dem Grunde unterbleiben, weil der Schuldner nunmehr seiner Verpflichtung nachkommt. Er kann also in diesen Fällen die Strafe durch Erfüllung nicht abwenden, weil er gar nicht mehr erfüllen kann. Daher ist die Frage, ob der Schuldner in den Fällen der Pflicht zu einer dauernden oder sich ständig wiederholenden Handlung eine Strafe durch Erfüllung vermeiden kann, falsch gestellt. Es muß vielmehr danach gefragt werden, ob der Schuldner zu bestrafen ist, o b w o h l eine Erfüllung gar nicht mehr vorgenommen werden kann. Eine Bestrafung nach § 888 ZPO unter Hinweis auf den Beugecharakter dieser Maßnahme zu verneinen, hieße aber, falsche Schlußfolgerungen aus der Funktion der Strafe ziehen.

Die Frage, ob trotz der Unmöglichkeit der Erfüllung, also trotz der Unmöglichkeit der Beugung des Schuldnerwillens, eine Straffestsetzung und -vollstreckung zulässig ist, stellt sich ebenso bei der Verpflichtung zur Vornahme einer termingebundenen, einmaligen unvertretbaren Handlung und ebenso bei der Pflicht zur Unterlassung einer nur einmal möglichen Zuwiderhandlung und schließlich bei der befristeten Unterlassung, wenn der Schuldner die termingebundene, einmalige Handlung nicht vornimmt oder die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung begeht oder gegen den Unterlassungstitel verstößt und inzwischen die Frist verstrichen ist. Die aufgeworfene Frage kann bei der Dauerverpflichtung nicht anders beantwortet werden als in diesen anderen Fällen. Damit wird die Strafe des § 888 ZPO (und die des § 890 ZPO) nicht umfunktioniert ,

es wird ihr nicht der Beugecharakter genommen, und sie wird nicht zu einer repressiven Maßnahme gemacht.

Wie an anderer Stelle [21] dargelegt worden ist, e r f o r d e r t gerade der B e u g e z w e c k der Strafe des § 888 ZPO (und des § 890 ZPO) in solchen Fällen eine Bestrafung. Wenn diese Maßnahmen psychologische Zwangsvollstreckungs - mittel sein sollen, muß in den genannten Fällen, um die psy - chologische Wirkung zu sichern, dem Ungehorsam des Schuldners eine Bestrafung folgen. Andernfalls würde man den rechts- kundigen Schuldner geradezu zum Ungehorsam einladen, die Stra- fe würde jeden Effekt verlieren, sie würde keinen psycholo - gischen Druck mehr ausüben und damit als Beugemittel untaug - lich werden [22].

In den Fällen der Dauerverpflichtung muß deshalb die Stra- fe festgesetzt und vollstreckt werden, um einen Zwang und da- mit einen psychologischen Druck auf den Schuldner auszuüben, damit sein Wille gebeugt wird und er künftig seine Verpflich- tung beachtet.

Eine Bestrafung muß schließlich auch dann erfolgen, wenn beispielsweise das Mietverhältnis gekündigt worden ist und der Vermieter in den letzten Tagen vor dem Auszug des Mieters nicht mehr heizt, so daß eine Bestrafung erst nach dem Aus - zug erfolgen wird und deshalb den Vermieter auch nicht mehr zur künftigen Befolgung seiner Pflicht anhalten kann. Dieser Fall ähnelt der befristeten Unterlassung, wenn die Frist vor der Straffestsetzung verstrichen ist. Die Bestrafung des Schuldners erfolgt, um die allgemeine Tauglichkeit des Voll- streckungsmittels zu wahren und zu sichern, weil andern - falls der rechtskundige Schuldner ohne Risiko seine Verpflich- tung verletzen könnte, da er von vorneherein wüßte, daß er eine Bestrafung nicht zu befürchten hat.

---

21) Seite 91 ff der Arbeit.

22) Vgl. Bettermann aaO.

5. Daß die Rechtsprechung in den Fällen der Dauerverpflichtung den Ausweg in einer analogen Anwendung des § 890 ZPO gesucht hat, beruht im Grunde genommen auf der verfehlten "strafrechtlichen" Betrachtung des § 890 ZPO. Da man glaubt, daß der Strafe des § 890 ZPO im Gegensatz zu derjenigen des § 888 ZPO ein echter Strafzweck zukomme, will man auf diesem Wege den Schuldner w e g e n des gezeigten Ungehorsams bestrafen, gegen ihn also eine repressive Maßnahme ergreifen, um ihn zum künftigen Gehorsam zu zwingen.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß in den Fällen der Verpflichtung zu einer dauernden oder sich ständig wiederholenden Handlung eine Bestrafung des Schuldners auch dann erfolgen muß, wenn er inzwischen seiner Verpflichtung nachkommt [23].

---

23) Die h.L. legt § 888 ZPO so aus, daß das "Anhalten" zur Vornahme der Handlung zwar durch eine Strafandrohung erfolgen könne, daß das aber nicht erforderlich sei, sondern daß die Strafe sofort festgesetzt werden könne (Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 2 C). Das mag in den Fällen, in denen der Schuldner durch Vornahme der Handlung die Vollstreckung der nicht angedrohten, sondern sofort festgesetzten Strafe abwenden kann, unschädlich sein. In den hier behandelten Fällen der Verpflichtung zur Vornahme einer einmaligen, termingebundenen oder dauernden oder sich ständig wiederholenden Handlung ist eine vorherige Strafandrohung jedoch unumgänglich. Ist der Termin verstrichen, ohne daß der Schuldner die Handlung vorgenommen hat, so kann er nicht mehr hierzu "angehalten" werden. Soll aber die Strafe ein psychologisches Zwangsmittel sein, so muß vor dem Zeitpunkt, in dem die Handlung vorgenommen werden soll, eine Strafandrohung erfolgen, die zweckmäßigerweise (wie bei § 890 ZPO) in den Tenor des Vollstreckungstitels aufzunehmen ist. Es wäre angebracht, das Verfahren des § 888 ZPO bezüglich des Erfordernisses einer Strafandrohung nicht anders zu behandeln als § 890 ZPO.

4. Abschnitt

Das Erfordernis eines Verschuldens im Bestrafungsverfahren nach §§ 888 und 890 ZPO

Zum Abschluß der Arbeit sei die umstrittene Frage behandelt, ob die Strafe des § 890 ZPO ein (eigenes) Verschulden des Titelschuldners voraussetzt. Das Erfordernis eines Verschuldens kann aber auch im Bestrafungsverfahren des § 888 ZPO bedeutsam werden; deshalb wird auch hierzu Stellung genommen werden.

§ 12

Die Strafe des § 890 ZPO

I. Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen

Die herrschende Lehre, die die Strafe des § 890 ZPO anders als diejenige des § 888 ZPO versteht, vertritt auch bezüglich des Erfordernisses eines Verschuldens eine differenzierende Meinung. Daß der Schuldner oder zumindest ein Dritter, dessen Zuwiderhandlung den Anlaß für eine Straffestsetzung bildet und dem Schuldner eventuell zuzurechnen ist, schuldhaft gehandelt haben muß, war niemals streitig [1].

---

1) Bruns, S.210,211; Blomeyer, S.158; Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG Rdnr.29, Einl. UWG Anm.345,346; Bötticher, MDR 1963, 353 ff (359, linke Spalte); Baumbach-Lauterbach, § 890 Anm.3 D; Callmann, § 13 Rdnr.33; De Boor-Erkel, S.104; Falkmann-Mugdan, S.954; Förster-Kann, § 890 Anm.4 b; Freudenthal-Sauerländer, § 890 Anm.2; Goldschmidt, S.418; Hoche, S.172; Hubmann, S.277; Isaac, ZStrW 21 (1901), 625 ff (655 f); Kuhnt, DR 1941, 2369 ff (2377, 2378); Keidel, LZ 1914, 655 ff; Lent-Jauernig, S.92; Lüke, JZ 1959, 369 ff (369); Mohrbutter, S.253; Mohr, S. 32 ff; Reimer, 131. Kapitel, Rdnr.2 und 3, S.992; Rosenberg, S.1084, 1085; Rosenthal, § 13 Note 30; Recken, GRUR 1914, 141 f (142); Sydow-Busch, § 890 Anm.2; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm.II 3; Schönke-Baur, S.166; Thomas-Putzo, § 890 Anm.2 b; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff (553); Theuerkauf, ZZP 77 (1964), 298 ff (303); Theuerkauf, Betrieb 1965, 429 ff (430); Theuerkauf, ZZP 78 (1965), 215 ff (220); Theuerkauf, FamRZ 1964, 487 ff (491); Tetzner, JZ 1964, 414 ff (417); Tetzner, Komm. zum RabattG, § 12 Rdnr.15 und § 1 Rdnr.135; Warneyer, § 890 Anm.1; Weismann, S.226, Fußnote 4; Wieczorek, § 890 Anm.C II, C II a und C II a 1; Zöller, § 890 Anm. 1 b.
OLG Breslau OLGE 40, 415 f; OLG Bamberg JW 1930, 3328; OLG Celle NJW 1959, 1691 f, mit zustimm. Anm. von Rötelmann; GRUR 1962, 51; BB 1963, 1235 f, = NJW 1964, 163 f; OLG Darmstadt SA 63, 86 ff; OLG Düsseldorf GRUR 1965, 193 f, = BB 1964, 697; MDR 1965, 52 f; OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff; MDR 1962, 488; ZZP 67 (1954), 70 ff, = Rpfleger 1954, 46 f; OLG Hamburg OLGE 35, 140; LG Hamburg GRUR 1962, 530 f; KG JW 1939, 316 f; GRUR 1942, 376; JW 1927, 2063; OLG München OLGE 29, 253 f; NJW 1963, 1410 ff; LG Münster JMBlNRW 1958, 246 f; RGZ 36, 417 ff; 43, 405 ff; OLG Stuttgart MDR 1958, 523 f.

Heftig umstritten war dagegen bis zu der bereits erwähnten Entscheidung des B V e r f G vom 25. Oktober 1966 [2], ob die von einem Dritten, etwa von einem Angestellten oder Beauftragten, schuldhaft begangene Zuwiderhandlung dem Schuldner des Vollstreckungstitels in der Weise zugerechnet werden kann, daß dieser zu bestrafen ist, ohne daß ihn selbst ein Verschulden, etwa in Form einer mangelhaften Auswahl, Überwachung oder Unterweisung (c u l p a i n e l i g e n d o v e l c u s t o d i e n d o), zu treffen braucht.

Besondere Bedeutung erlangt diese Frage im Rahmen des § 13 Abs. 3 UWG und des ihm entsprechenden § 12 Abs. 2 RabattG. Nach diesen beiden Vorschriften besteht ein Unterlassungsanspruch a u c h gegen den Inhaber eines geschäftlichen Betriebes, wenn in dem Betrieb ein Angestellter oder Beauftragter Handlungen vornimmt, die nach diesen Gesetzen unzulässig sind. Zweck dieser Vorschriften ist es, zu verhindern, daß der Betriebsinhaber, dem die beanstandeten Wettbewerbshandlungen zugute kommen, sich bei Verstößen hinter von ihm abhängige Dritte versteckt [3]. Die Bedeutung dieser Regelung liegt darin, daß sich der Betriebsinhaber seine Verurteilung zur Unterlassung der durch seinen Angestellten oder Beauftragten begangenen konkreten Handlung gefallen lassen muß, auch wenn er den Angestellten oder Beauftragten sorgfältig ausgewählt und seiner etwaigen sonstigen Sorgfaltspflicht in vollem Umfang genügt hat [4]. Der Unterlassungsanspruch ist gegen die bloße Beeinträchtigung gegeben, ohne daß es auf ein Verschulden oder ein sonstiges Merkmal der inneren Tatseite dessen ankäme, von dem die Beeinträchtigung ausgeht [5].

---

2) NJW 1967, 195 ff.
3) BGH MDR 1963, 564.
4) RGZ 116, 28 ff (33).
5) OLG München NJW 1963, 1410 ff, 1411.

Vor der Entscheidung des BVerfG vertraten einige Kommentare und Gerichte die Ansicht, daß § 13 Abs. 3 UWG (und entsprechend auch § 12 Abs. 2 RabattG) nicht nur für das Erkenntnisverfahren, sondern auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO gelte und daß deshalb für eine Bestrafung des Betriebsinhabers die schuldhafte Zuwiderhandlung des Angestellten oder Beauftragten ausreiche, also ein eigenes Verschulden des Inhabers des Betriebes nicht erforderlich sei [6].

P a s t o r hat in seiner ebenfalls vor der Entscheidung des BVerfG verfaßten Abhandlung die Frage aufgeworfen, ob nicht "ein allgemeines subjektives Moment" ausreiche und ob der Gläubiger seiner Nachweispflicht in gleicher Weise wie im Erkenntnisverfahren nicht schon dann genüge, wenn er das Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen Handlung dargetan habe, und ob es dann nicht Sache des Schuldners sei, nachzuweisen, daß der Titelverstoß nach den besonderen Umständen des Falles ihm nach der subjektiven Seite nicht als "Handlung" zugerechnet werden könne [7].

Gegen die Rechtsprechung des O L G C e l l e hat sich insbesondere das O L G M ü n c h e n gewandt [8]. Aber auch andere Gerichte haben sich auf den Standpunkt gestellt, daß auch im Rahmen des § 13 Abs. 3 UWG die Bestrafung des Betriebsinhabers dessen eigenes Verschulden voraussetzt -

---

6) Baumbach-Hefermehl, § 13 UWG Rdnr.29, Einl.UWG Rdnr.345 und 346; Reimer, 131. Kapitel,Rdnr.3, S.952, will beim Vergleich § 278 BGB anwenden;Rosenberg, S.1084,1085; wohl auch Godin, § 13 Anm.11;Rosenthal,§ 13 Note 30;Callmann, § 13 Rdnr.33; Recken,GRUR 1914, 141 f; Keidel, LZ 1914,655 ff; Theuerkauf,Betrieb 1965, 429 ff(430), und ZZP 78,215 ff, (218,219,220); Baumbach-Lauterbach aaO.
OLG Celle NJW 1959,1691 f, mit zustimm.Anm.von Rötelmann; GRUR 1962, 51; BB 1963, 1235 f,= NJW 1964,163 f, diese Entscheidung liegt dem Beschluß des BVerfG zugrunde; OLG Koblenz MDR 1966,762 f; OLG München OLGE 29, 253 f, das aber in einer Hilfsbegründung ausführt, daß sich in dem zu entscheidenden Falle auch ein eigenes Verschulden des Betriebsinhabers begründen lasse;LG Hamburg GRUR 1962, 530 f.

7) S. 459.

8) NJW 1963, 1410 ff.

ze [9]. Auch im zivilprozeßrechtlichen Schrifttum wurde allgemein diese Ansicht vertreten [10], teilweise sogar auch von Kommentatoren des UWG bzw. RabattG [11].

Diesem Meinungsstreit wurde durch die Entscheidung des B V e r f G ein Ende gesetzt, zumindest insoweit, als es darum geht, ob der Betriebsinhaber bei fehlendem eigenen Verschulden wegen der Zuwiderhandlung eines seiner Angestellten oder seines Beauftragten bestraft werden kann.

Das B V e r f G hat in seiner Entscheidung die von der Schuldnerin gegen die ergangene Straffestsetzung eingelegte Verfassungsbeschwerde für begründet erklärt und ausgeführt, daß der Beschluß das OLG Celle, nach dem ein eigenes Verschulden des Betriebsinhabers nicht erforderlich sei, den Grundsatz verletze, daß jede Strafe - nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht - Schuld voraussetze (n u l l a p o e n a s i n e c u l p a), und daß diesem Grundsatz verfassungsrechtlicher Rang zukomme. Daß der Grundsatz n u l l a p o e n a s i n e c u l p a auch für die Strafe des § 890 ZPO gelte, hat das BVerfG damit begründet, daß diese Vorschrift "trotz des zwangsvollstreckungsrechtlichen

---

9) LG Münster JMBlNRW 1958, 246 f; OLG Stuttgart MDR 1958, 523 f; OLG Frankfurt NJW 1958, 2021 ff; OLG Hamburg OLGE 35, 140; OLG Bamberg JW 1930, 3328; in RGZ 36, 417 ff, dahingestellt; RGZ 43, 405 ff; OLG Düsseldorf GRUR 1965, 193 f, = BB 1964, 697.

10) Bruns, Falkmann-Mugdan, Sydow-Busch, Wieczorek, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Mohrbutter, Schönke-Baur, Mohr, Kuhnt, jeweils aaO.

11) Tetzner, JZ 1964, 414 ff (417); Tetzner, Komm. zum RabattG, § 12 Rdnr. 15; Reimer aaO, anders aber für den Vergleich.

Einschlags" strafrechtliche Elemente enthalte. Schließlich hat es ausgeführt, daß auch im Rahmen des § 13 Abs. 3 UWG, einer materiellrechtlichen Vorschrift, nichts anderes gelten könne.

Einige Kommentare und Lehrbücher, die seither neu aufgelegt worden sind, haben sich der Entscheidung des BVerfG angeschlossen [12].

II. Die Funktion der in § 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen und die Notwendigkeit eines Verschuldens

Für die Praxis der Gerichte hat mit der Entscheidung des BVerfG der aufgezeigte Meinungsstreit seine Bedeutung verloren. Da die Entscheidung die Gerichte bindet (§ 31 Abs.1 BVerfGG), darf in Zukunft kein Strafbeschluß nach § 890 ZPO ergehen, wenn feststeht, daß den Unterlassungsschuldner an der Zuwiderhandlung kein eigenes Verschulden trifft. Trotz dieser Bindungswirkung ist es nicht ohne Interesse, die Entscheidung des BVerfG einer näheren Betrachtung zu unterziehen, zumal sie heftige Kritik erfahren hat [13]. A d o m e i t bezeichnet die Argumentation des BVerfG als begriffsjuristisch und das Ergebnis als pragmatisch verfehlt.

1. Kritik an der Entscheidung des BVerfG

Tatsächlich bietet die Argumentation des BVerfG Anlaß zur Kritik. Dabei soll die Richtigkeit der Feststellung, daß der Grundsatz n u l l a p o e n a s i n e c u l p a Verfassungsrang besitze und keine pragmatisch begründete Ausnahme vertrage, was A d o m e i t bezweifelt [14], unterstellt werden, da eine hierauf gerichtete Untersuchung über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausginge. Dagegen muß die

---

12) Hubmann, S. 277; Thomas-Putzo, § 890 Anm.2 b; Zöller, § 890 Anm. 1 b; Lent-Jauernig, S. 92.
13) Adomeit, NJW 1967, 1994 ff.
14) AaO, S. 1995.

Deduktion, die das BVerfG zu der Feststellung gelangen ließ, daß der Verfassungsgrundsatz auch für die Strafe des § 890 ZPO gelten müsse, Kritik erfahren. Das BVerfG versucht, den Strafcharakter dieser Strafe darzulegen, wobei es sich auf die zivilprozessuale Literatur beruft. Damit liegt aber seine Argumentation auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts, nicht auf dem der Verfassung [15], was aber angesichts des Grundsatzes, daß die Auslegung und Anwendung einfacher Gesetze Sache der Instanzgerichte ist und der Nachprüfung durch das Verfassungsgericht entzogen bleibt, bedenklich erscheint.

Wenn auch die strafrechtliche Betrachtungsweise der Strafe des § 890 ZPO der herrschenden Lehre entspricht, ist doch diese Meinung - wie die vorliegende Arbeit gezeigt haben dürfte - keineswegs so eindeutig und unumstritten, wie sie vom BVerfG dargestellt wird. Es drängt sich die Frage auf, ob das Gericht anders entschieden hätte, wenn es die hier vertretene Mindermeinung vom reinen Beugezweck der Strafe übernommen oder sie zumindest in den Bereich seiner Erwägungen einbezogen hätte. So aber erweckt es Bedenken, daß die Anwendung des culpa-Grundsatzes (nach der Ansicht des BVerfG ein aus der materiellen Gerechtigkeit und damit aus der Rechtsstaatlichkeit fließender Grundsatz, der folglich Bestandteil der elementarsten Prinzipien des Grundgesetzes ist und deshalb höchste Achtung verdient) ausschließlich davon abhängig sein soll, wie die Strafe des § 890 ZPO funktionell einzuordnen ist.

Für die Lösung rein zivilprozessualer Fragen, etwa des Problems, ob eine Strafe noch festgesetzt werden kann, wenn nach Begehen der Zuwiderhandlung der Vollstreckungstitel vom Berufungsgericht aufgehoben worden ist, steht zwar die rechtliche Einordnung der Strafe im Vordergrund, wobei allerdings - wie bereits ausgeführt wurde - das im Wege der begrifflichen Einordnung gefundene Ergebnis auf seine praktische Brauchbarkeit geprüft werden muß. Geht es jedoch um die Anwendung

---

15) Adomeit aaO, S. 1996.

eines Verfassungsgrundsatzes von solch hohem Rang, dann kann die begriffliche Einordnung nicht ausschlaggebend sein, zumindest dann nicht, wenn diese Einordnung zweifelhaft und umstritten ist [16].

Wenn - wie das BVerfG meint - der Strafcharakter der Strafe des § 890 ZPO für die Notwendigkeit eines Verschuldens entscheidend sein soll, müßte man konsequenterweise dieses Erfordernis verneinen, wenn man diese strafrechtliche Betrachtungsweise ablehnt. Der Unterlassungsschuldner, gegen den beispielsweise eine Geldstrafe von 25.000 DM [17] oder sogar eine Haftstrafe festgesetzt wird, wird kein Verständnis dafür aufbringen, daß die Zulässigkeit seiner Bestrafung wegen einer von einem Angestellten begangenen, von ihm nicht verschuldeten Zuwiderhandlung davon abhängig sein soll, wie die Juristen die Strafe funktionell bezeichnen. Er empfindet nur die ihm zugefügte Einbuße, nämlich den teilweisen Entzug seines Vermögens (25.000 DM !) oder seiner Freiheit (Haftstrafe !). Ihn interessiert nur die Wirkung, nicht der Name der Strafe ! Aus diesem Grunde hätte es nahe gelegen, zu prüfen, ob denn der Verfassungsgrundsatz n u l l a p o e n a s i n e c u l p a nicht auch dann zu gelten hat, wenn die Strafe des § 890 ZPO als reines Zwangsvollstreckungsmittel behandelt wird.

Der vom BVerfG [18] angedeutete Gegensatz "Strafe- Präventionsmaßnahme" ist zu abstrakt, als daß ihm eine Aussagekraft

---

16) So hat auch das BVerfG bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 23 WiStG vom 26.7.1949 ausgeführt, daß der "formale Gesichtspunkt", daß die Ordnungswidrigkeit nicht kriminelles Delikt, das Bußgeldverfahren kein Strafverfahren sei, nicht ausreiche, um eine Abweichung von dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Schuldvermutungen zu rechtfertigen (NJW 1959, 619 f).

17) Das war die vom OLG Celle in dem vom BVerfG aufgehobenen Beschluß für zwei Zuwiderhandlungen festgesetzte Gesamtstrafe.

18) S. 196, linke Spalte.

zukäme und als daß die Einordnung unter den einen oder den anderen Begriff die Frage nach dem Erfordernis eines Verschuldens entscheiden könnte. Die These "Präventionsmaßnahme, folglich Verschulden nicht erforderlich" ist eine allgemein aufgestellte und nicht bewiesene Prämisse, auf der das BVerfG, ohne die Richtigkeit der Prämisse zu prüfen, seine Argumentation aufbaut. Diese Prämisse könnte im Rahmen des § 890 ZPO allenfalls dann zutreffen, wenn das Verfahren so geregelt wäre, daß der Schuldner durch künftiges Wohlverhalten der Bestrafung wegen der bereits begangenen Zuwiderhandlung entgehen könnte. Dann könnte es ihm gleichgültig sein, ob diese Bestrafung ein eigenes Verschulden erfordern würde oder nicht. Die vorliegende Arbeit dürfte jedoch gezeigt haben, daß eine solche Gestaltung des Bestrafungsverfahrens nach § 890 ZPO unmöglich und insbesondere im Falle der nur einmal möglichen Zuwiderhandlung praktisch unbrauchbar ist, da sie den Unterlassungsschuldner geradezu reizen würde, wenigstens diese eine oder gerade die nur einmal mögliche Zuwiderhandlung zu begehen. Die begangene Zuwiderhandlung ist zwar Anlaß für die Bestrafung; diese Tatsache nimmt aber der Strafe - wie dargelegt wurde - nicht den Charakter einer reinen Beugemaßnahme. Ist aber die Strafe auf eine Zuwiderhandlung bezogen, wenn sie auch nicht ahnden, sondern den Schuldner vor weiteren Verstößen abhalten soll, so wird man auch bei einer rein vollstreckungsrechtlichen Betrachtung der Strafe des § 890 ZPO nicht umhin können, ein eigenes Verschulden zu fordern.

Hält man sich die Strafe nicht in ihrer Funktion, sondern in ihrer Auswirkung für den Unterlassungsschuldner vor Augen, dann muß in jedem Fall - unabhängig von der funktionellen Deutung der Strafe - der aus der materiellen Gerechtigkeit folgende Verfassungsgrundsatz gelten, daß der Tatbestand und die Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen müssen [19]. Die Tatsache, daß nach § 890 ZPO Geldstrafe

---

19) BVerfG NJW 1967, 196, linke Spalte.

in unbeschränkter Höhe und Haftstrafe bis zu 6 Monaten, als Gesamtstrafe bis zu zwei Jahren (!), verhängt werden können - ein im Vergleich zu den Straftatbeständen des Strafgesetzbuches nicht geringer Strafrahmen -, fordert ein Korrelat in Form eines eigenen Verschuldens des Unterlassungsschuldners. Die Entscheidung hätte daher wohl kaum anders lauten können, wenn die Verfassungsrichter auch die rein vollstreckungsrechtliche Deutung der Strafe des § 890 ZPO als möglich und vertretbar in ihre Argumentation einbezogen hätten. Dann hätten sie sich aber jeder zivilprozessualen Stellungnahme enthalten und sich auf eine verfassungsrechtliche Betrachtung beschränken müssen.

Der Beschluß des BVerfG vermag folglich in der Begründung nicht zu überzeugen; diese läßt befürchten, daß damit - zumindest für die Praxis der Gerichte - die Entscheidung für die strafrechtliche Betrachtungsweise endgültig gefallen ist, was zu einer "Versteinerung" dieser verfehlten Lehre führen wird. Damit wird das BVerfG eine Wirkung auslösen, die mit seiner Aufgabe als Wächter über das Grundgesetz nichts mehr zu tun hat.

2. Die Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG

Verläßt man "die Abstraktionshöhe" [20] der verfassungsrechtlichen Erwägungen und wendet sich dem Ausgangspunkt, nämlich dem Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO zu, so bleibt zu untersuchen, welche Konsequenzen sich zivilprozeßrechtlich, also unabhängig von eventuellen Verfassungsgrundsätzen, aus der hier vertretenen Ansicht vom reinen Beugezweck der Strafe im Hinblick auf das Erfordernis eines Verschuldens ergeben.

Hierbei ist zunächst erforderlich, die Beantwortung der Frage nachzuholen, ob die Entscheidung des BVerfG, das die Strafe des § 890 ZPO vorwiegend strafrechtlich deutet, für die Praxis der Gerichte überhaupt die Möglichkeit offenläßt,

---

20) Begriff von Adomeit aaO.

die Strafe anders, nämlich als reine Zwangsvollstreckungsmaßnahme, zu qualifizieren. Ginge die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung so weit, daß die Gerichte künftig gehalten wären, die Strafe des § 890 ZPO grundsätzlich als strafrechtliche Maßnahme zu behandeln, dann könnte die vorliegende Arbeit allenfalls von theoretischem, nicht aber von praktischem Interesse sein.

Die Frage nach der gegenständlichen Begrenzung der sich aus § 31 Abs. 1 BVerfGG ergebenden Bindung ist im Schrifttum bestritten [21]. Der Streit geht darum, ob sich die Bindung auf den Entscheidungssatz (Tenor) beschränkt oder auch die tragenden Gründe und deren nähere Begriffsbestimmung umfaßt. Das BVerfG hält an der Auffassung fest, daß sich die Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 auf die Entscheidungsformel und die sie tragenden Gründe erstreckt [22]. Es würde zu weit gehen, diese Streitfrage hier zu entscheiden. Selbst wenn die Bindungswirkung nicht auf den Tenor der Entscheidung beschränkt ist, kann sie doch nicht ihre gesamte Begründung umfassen; eine Bindungswirkung kann dann nur dem Teil der Begründung zukommen, der für den Entscheidungstenor erheblich ist, der die Entscheidung "trägt"; er darf aus der Deduktion des Gerichts nicht hinwegzudenken sein, ohne daß sich das Ergebnis, das im Tenor formuliert ist, ändert [23].

Der Gedankengang, der die Entscheidung des BVerfG trägt, besteht in der Folgerung, daß nach einem verfassungsrechtlichen Grundsatz Strafe strafrechtliche Schuld voraussetze und daß die nach § 890 ZPO zu verhängende Maßnahme eine solche Strafe darstelle. Diese Begriffsbestimmung ist - wenn die Bindungswirkung die tragenden Gründe mitumfaßt - künftig für die Gerichte bindend. Diese Bindung kann aber nur dann Bedeutung erlangen, wenn Grundrechte oder sonstige verfassungs-

---

21) Vgl. Lechner, § 31 Anm. zu Abs. 1; Leibholz-Rupprecht, § 31 Rdnr. 2.

22) BVerfGE 20, 56 ff (87).

23) Leibholz-Rupprecht aaO.

rechtliche Prinzipien tangiert werden. Die strafrechtliche Qualifizierung der Strafe ist dagegen für die Gerichte dann nicht bindend, wenn es um die Lösung rein zivilprozeßrechtlicher Fragen außerhalb des verfassungsrechtlichen Raumes geht, etwa um die Lösung der hier behandelten Fälle, in denen nach begangener Zuwiderhandlung der Vollstreckungstitel weggefallen oder eine sonstige Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten ist. Da bei der Lösung dieser Fälle Grundrechte des Schuldners oder verfassungsrechtliche Grundsätze nicht berührt werden, sind insoweit die Gerichte auch künftig nicht daran gehindert, die Strafe des § 890 ZPO rein vollstreckungsrechtlich zu behandeln [24].

3. Eigener Lösungsversuch

Die hier vertretene Definition der Strafe des § 890 ZPO als reines Zwangsvollstreckungsmittel erfordert keineswegs die Schlußfolgerung, daß für die Festsetzung der Strafe ein Verschulden auf Seiten des Unterlassungsschuldners nicht vorzuliegen brauche. Daß die Funktion einer Präventionsmaßnahme das Erfordernis eines Verschuldens nicht grundsätzlich ausschließt, beweist eindeutig die Vorschrift des § 33 Abs. 1 FGG. Danach kann derjenige, dem durch eine Verfügung des Gerichts die Verpflichtung auferlegt worden ist, eine Handlung vorzunehmen, die ausschließlich von seinem Willen abhängt, oder eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, zur Befolgung der Anordnung durch Ordnungsstrafen angehalten werden. Obwohl das Gesetz den Begriff der Ordnungsstrafe gebraucht, ist man sich darüber einig, daß es sich hier-

---

24) Im übrigen reicht schon die Tatsache, daß die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG umstritten und zweifelhaft ist, aus, um den mit der vorliegenden Arbeit unternommenen Versuch, sich mit der strafrechtlichen Meinung auseinanderzusetzen und die rein vollstreckungsrechtliche Lösung zu begründen, zu rechtfertigen.

bei, auch im Falle der Verpflichtung zur Unterlassung, um reine Beugemaßnahmen ohne jeden Sühnezweck handelt [25], und es besteht kein Streit darüber, daß die Strafe ein schuldhaftes Handeln oder Unterlassen des Verpflichteten voraussetzt [26].

So wird im Schrifttum ausgeführt, daß eine Straffestsetzung nicht in Betracht komme, wenn der Verpflichtete durch Umstände, die außerhalb seines Willens liegen, z.B. durch Krankheit, an der Befolgung der Anordnung gehindert worden ist oder wenn die Nichtbefolgung auf einem entschuldbaren Mißverstehen oder auf dem Verschulden eines Dritten beruht [27]. Diese Ansicht wird gerade damit begründet, daß die Strafe b e u g e n solle (!) [28]. Diese Argumentation müßte den Anhängern der "strafrechtlichen" Theorie, die das Erfordernis eines Verschuldens aus dem strafrechtlichen Gehalt der Maßnahmen des § 890 ZPO herleiten wollen, zu denken geben. Diese zu § 33 Abs. 1 FGG vertretene Meinung muß auch für das Verfahren nach § 890 ZPO gelten.

Der Schuldner wird wegen der begangenen Zuwiderhandlung bestraft, auch wenn er danach das gerichtliche Verbot beachtet, aber nicht, um den Verstoß zu ahnden, sondern um den Schuldner von weiteren Verstößen abzuhalten. Nun kann es aber sein, daß den Schuldner an dieser einen Zuwiderhandlung kein Verschulden trifft, z.B. weil er ohne Verschulden von dem Vollstreckungstitel keine Kenntnis hatte. Ein solcher Fall läßt sich

---

25) Vgl. die in Fußnote 140, Seite 58, der Arbeit angeführten Belegstellen.

26) Jansen aaO; Schlegelberger aaO; Keidel, § 33 Rdnr. 19; Baur aaO; Bärmann aaO; Pikart-Henn, S. 140; Lent-Habscheid, S. 216; KG FamRZ 1966, 317 ff (318, 2. Spalte unten); KG OLGE 40, 17 f (17); KG JFG 15, 202 ff (203); KG DFG 1937, 163; KG JFG 22, 115 ff (118).

27) Jansen aaO; auch Schlegelberger aaO.

28) Schlegelberger aaO.

beim Prozeßgericht: es ergeht eine einstweilige Verfügung in Form eines Beschlusses, also ohne mündliche Verhandlung und ohne Anhörung des Schuldners; dieser weiß nichts davon, daß ein Verfügungsverfahren gegen ihn anhängig ist. Der Beschluß wird im Wege der Ersatzzustellung nach § 181 Abs. 1 ZPO durch Übergabe an den Vermieter des Schuldners zugestellt; der Vermieter vergißt, das Schreiben auszuhändigen, der Schuldner nimmt die untersagte Handlung vor.

In diesem Falle beruht die Nichtkenntnis von dem Unterlassungstitel nicht auf Verschulden des Unterlassungsschuldners; wollte man trotzdem eine Bestrafung für zulässig halten, so muß man sich fragen, welchen Zweck eine solche Strafe hätte. Wie kann der Wille des Schuldners g e b e u g t werden, die Strafe also ihre psychologische Wirkung entfalten, wenn gar nicht feststeht, ob der Schuldner nicht ohnehin wegen besserer Einsicht den Vollstreckungstitel beachten wird ? Es ist ja nicht auszuschließen, daß der Schuldner in dem gebildeten Beispiel diese eine Zuwiderhandlung unterlassen hätte, wenn ihm die einstweilige Verfügung bekannt gewesen wäre.

Wegen ihrer bildhaften Ausdruckskraft seien die Ausführungen von I s a a c zitiert, die zwar mehrere Jahrzehnte zurückliegen, die aber nicht an Überzeugungskraft verloren haben [29]. Nach I s a a c ist zur Festsetzung einer "Zwangsstrafe", auch wenn man ihr "reinen Zwangscharakter" beimißt, Schuld nötig:

> "Denn der Druck auf den Willen des Schuldners rechtfertigt sich nur dort, wo ein Willensfehler, also Verschuldung, vorliegt. Die Einwirkung auf den fehlerhaften Willen hat den vernünftigen Zweck, den fehlerhaften Willen in das richtige Geleise zu bringen, ihm die Richtung auf einen rechtmäßigen Erfolg zu geben. Die Einwirkung auf den Willen ist dann zwecklos und unberechtigt, wenn der Wille einer solchen Beeinflussung nicht bedarf, weil er auch ohne sie auf dem richtigen Weg ist. Wenn der Erfolg trotzdem ausbleibt, ist der Druck auf den Willen ebenso v e r w e r f l i c h wie v e r g e b l i c h [30].

---

29) ZStrW 21 (1901), 625 ff, 655 f.

30) Sperrungen vom Verfasser.

Ähnlich formuliert W e i s m a n n [31], der ausführt, daß zu einer Willensbeugung nur dann Veranlassung bestehe, wenn ein schuldhafter Wille vorhanden sei.

Demnach erfordert gerade die ausschließlich zivilprozessuale Funktion der Strafe des § 890 ZPO, daß der Schuldner für eine von ihm selbst begangene Zuwiderhandlung nur dann bestraft wird, wenn ihn ein Verschulden trifft.

III. Die Zurechnung der von einem Dritten begangenen Zuwiderhandlung

Die Zuwiderhandlung braucht nicht vom Titelschuldner selbst begangen worden zu sein; er braucht nicht in eigener Person die einzelnen Tatbestandsmerkmale der zu unterlassenden Handlung verwirklicht zu haben.

1. Die objektive Zurechnung

Davon, daß die von einem Dritten begangene Zuwiderhandlung in ihrem objektiven Tatbestand dem Schuldner zugerechnet werden kann, ist bereits das R e i c h s g e r i c h t ausgegangen. Das ergibt sich daraus, daß es eine Bestrafung für zulässig hielt, wenn der Unterlassungsschuldner nicht tätig wird, um die Zuwiderhandlungen seiner Angestellten zu verhindern, oder wenn er bei der Auswahl der Angestellten unvorsichtig verfahren ist [32]. Der Schuldner, dem unter-

---

31) S. 226, Fußnote 4.

32) RGZ 43, 405 ff (407).

sagt worden ist, das Grundstück seines Nachbarn zu betreten, ist zu bestrafen, wenn er seine Familienangehörigen, die von dem Titel nichts wissen und die nach wie vor das nachbarliche Grundstück betreten, nicht über die Unzulässigkeit ihres Verhaltens unterrichtet und zur Beachtung des Vollstreckungstitels ermahnt. Ebenso reicht es für eine Bestrafung des Schuldners, dem das Abreißen einer Grenzmauer untersagt worden ist, aus, wenn er den Abriß nicht selbst durchführt, sondern ihn von einer Baufirma vornehmen läßt.

Die von einem Dritten begangene Zuwiderhandlung kann dem Schuldner objektiv dann zugerechnet werden, wenn dieser Dritte zu seinem Verantwortungsbereich gehört und wenn er auf ihn durch Unterrichtung, Abmahnung, Beaufsichtigung, Kontrolle und notfalls Klageerhebung oder Kündigung Einfluß nehmen kann. Ebenso reicht eine Beteiligung in einer der zivilrechtlich wie strafrechtlich relevanten Formen (Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe) aus [33].

2. Die subjektive Zurechnung

Damit ist noch nicht entschieden, ob diese objektive Zurechenbarkeit einer von einem Dritten begangenen Zuwiderhandlung auch ausreicht, um den Titelschuldner zu bestrafen. S e i n Wille soll durch die Strafe gebeugt, e r soll zur Beachtung des Titels angehalten werden. Nach den obigen Ausführungen kann aber

---

33) Theuerkauf, ZZP 78, 215 ff (216, 217); Wieczorek, § 890 Anm. C II a 1; LG Münster JMBlNRW 1958, 246 f (246), allerdings mit der Formulierung, daß die Zuwiderhandlung vom Schuldner selbst begangen sein müsse, daß dem aber der Fall gleichzusetzen sei, daß der Schuldner für zuwiderhandelnde Dritte aus dem Gesichtspunkt eigenen Verschuldens hafte.

durch die Strafe nur der Wille desjenigen Schuldners gebeugt werden, der nicht bereit ist, das richterliche Verbot zu respektieren und nicht nur eigene Zuwiderhandlungen zu unterlassen, sondern auch alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit die Personen seines Verantwortungsbereichs, also seine Angestellten, Beauftragten, Familienangehörigen usw., Verstöße gegen den Titel unterlassen. Daß der Schuldner hierzu nicht bereit, daß er also renitent ist, wird aus einer Zuwiderhandlung, die nicht er selbst, sondern eine Person aus dem genannten Kreis begangen hat, nur dann ersichtlich, wenn er bei seiner Pflicht zur Unterrichtung, Ermahnung, Beaufsichtigung oder Kontrolle des Dritten nicht die erforderliche Sorgfalt beachtet oder wenn er die ihm im Einzelfall zumutbare Kündigung oder Klageerhebung gegenüber dem Dritten unterlassen hat; auch ein Verschulden bei der Auswahl des Dritten kann zur Bestrafung ausreichen. Ein Verschulden dieser Art auf Seiten des Titelschuldners ist erforderlich, genügt aber auch, um eine Straffestsetzung zu rechtfertigen [34].

Das Fehlen eines eigenen Verschuldens des dargelegten Inhalts auf Seiten des Titelschuldners schließt die Möglichkeit aus, daß er die vom Dritten begangene Zuwiderhandlung verhindern konnte. Das bedeutet, daß er seiner Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, Unterweisung und Beaufsichtigung des Dritten genügt hat. Hat er alle im Einzelfall erforderlichen Vorkehrungen getroffen, so hat er damit zu erkennen gegeben, daß er gewillt ist, den Vollstreckungstitel zu beachten, daß also sein Wille " gebeugt" ist. Auch hier hätte eine trotzdem festgesetzte Strafe keinen Sinn, sie könnte keinen Erfolg haben, " sie wäre ebenso verwerflich wie vergeblich". Zur Verdeutlichung sei auch hier ein Beispiel genannt:

> In einer durch Beschluß ergangenen einstweiligen Verfügung wird einem Fuhrunternehmer untersagt, Fahrzeuge auf dem Nachbargrundstück abzustellen. Der Unternehmer weiß nichts davon, daß ein solches Verfahren gegen ihn anhängig ist. Die einstweilige Verfügung mit der Strafandrohung wird ihm im Wege der Ersatzzustellung nach § 183 Abs. 1 ZPO durch Übergabe an einen seiner Angestellten zugestellt. Dieser vergißt, seinem Arbeitgeber den Beschluß auszuhändigen.

---

34) RGZ 43, 4o5 ff (4o7); OLG Bamberg JW 193o, 3328; OLG Düsseldorf GRUR 1965, 193 f (194, letzter Absatz); Theuerkauf aaO. S. 217.

Ein anderer Angestellter, der zufällig vom Nachbarn von dem Erlaß der einstweiligen Verfügung erfahren hat, begeht eine Zuwiderhandlung.

Eine Bestrafung des Titelschuldners wegen dieser von seinem Angestellten begangenen Zuwiderhandlung wäre nicht gerechtfertigt; es ist durchaus möglich, daß der Schuldner den Vollstreckungstitel bei Kenntnis respektiert, seine Angestellten entsprechend ermahnt, auf die Möglichkeit einer Kündigung und eines Regresses hingewiesen und dadurch die Zuwiderhandlung vermieden hätte.

Aus diesen Gründen, nicht etwa wegen des vermeintlich strafrechtlichen Gehalts der Strafe des § 890 ZPO ist der absolut herrschenden Lehre, die eine Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 890 ZPO ablehnt, zuzustimmen [35].

3. Die Anwendbarkeit des § 831 BGB

Nach der herrschenden Lehre ist aber auch § 831 BGB nicht anwendbar [36]. T h e u e r k a u f hält dagegen diese Vorschrift für anwendbar, wobei er eine Haftung des Schuldners nicht auf die Verrichtungsgehilfen im Sinne der Bestimmung beschränken, sondern über das Vorliegen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses hinaus auf alle Personen erstrecken will, auf die der Schuldner durch Unterrichtung, Abmahnung oder Klageerhebung Einfluß nehmen kann [37] [38]. Im Rahmen des § 13 Abs.3 UWG hält T h e u e r k a u f allerdings eine Durchbrechung des Verschuldensgrundsatzes für geboten [39].

---

35) Falkmann-Mugdan, S.954; Sydow-Busch, § 890 Anm.2; Rosenberg, S.1084; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm.II 3; Theuerkauf, ZZP 78, 215 ff (217); Mohrbutter, S.253; Lent-Jauernig, S.92; Mohr, S.33; Kuhnt, DR 1941, 2369 ff (2378); Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff (553); OLG Stuttgart MDR 1958, 523 f; OLG Bamberg JW 1930, 3328; OLG Hamburg OLGE 35,140; OLG Celle NJW 1964, 163 f; aM. Callmann und Recken aaO.

36) Falkmann-Mugdan, Sydow-Busch, Rosenberg, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kuhnt, OLG Stuttgart, OLG Bamberg, OLG Hamburg, OLG Celle, jeweils aaO.

37) ZZP 78, 215 ff (217, 218, 220).

38) AaO S.217, Fußnote 17; auch Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG Rdnr.346, wollen außerhalb des § 13 Abs.3 UWG § 831 BGB anwenden.

39) AaO S.220.

Eine entsprechende Anwendung des § 831 BGB verbietet sich nicht schon deshalb, weil es im Verfahren des § 890 ZPO um eine Bestrafung, nicht um die Leistung von Schadensersatz geht. Da die Strafe nach der hier vertretenen Lösung eine rein zivil - prozeßrechtliche Maßnahme ohne jeden Strafcharakter darstellt, erscheint die analoge Anwendung einer zivilrechtlichen Zurechnungsnorm zulässig. Da sich der Schuldner im Rahmen des § 890 ZPO die Zuwiderhandlung eines Dritten seines Verantwortungsbereichs dann zurechnen lassen muß, wenn ihn ein Verschulden in der Auswahl oder bei der Beaufsichtigung trifft, ist die Sachlage derjenigen des § 831 BGB ähnlich. Auch § 831 BGB be - gründet eine Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden; auch hier besteht das (vermutete) Verschulden darin, daß er seine Hilfsperson nicht sorgfältig genug ausgewählt oder nicht hinreichend geleitet hat [40]. Entsprechend muß der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis dahingehend führen, daß er bei der Auswahl und Überwachung die erforderliche Sorgfalt beachtet hat [41].

---

40) Haager in BGB-RGRK, § 831 Anm.1; Larenz, S.445.

41) Auch dann, wenn der Titelschuldner die Zuwiderhandlung selbst begeht, könnte man Zweifel haben, ob der Gläubiger ein Verschulden des Schuldners darlegen und beweisen muß oder ob es nicht vielmehr Sache des Schuldners ist, sich zu exkulpieren. Pastor (aaO S.459) scheint der Ansicht zuzuneigen, daß der Gläubiger seiner Nachweispflicht in gleicher Weise wie im Erkenntnisverfahren schon dann genügt, wenn er das Vorliegen einer objektiven und rechtswidrigen Zuwiderhandlung darlegt, und daß es dann Sache des Schuldners ist, nachzuweisen, daß der Titelverstoß nach den besonderen Umständen des Falles ihm nach der subjektiven Seite nicht als "Handlung" zugerechnet werden kann. Eine Durchsicht der Rechtsprechung zeigt, daß das Vorliegen eines Verschuldens bei einem vom Titelschuldner selbst begangenen Verstoß in den wenigsten Fällen zweifelhaft ist und dann in der Regel nur, wenn es um die Kenntnis des Schuldners von dem ergangenen Vollstreckungstitel geht. Trotzdem spricht vieles für die von Pastor vertretene Lösung. Der Gläubiger hat keinen Einblick in die Organisation des gewerblichen Betriebs oder in die private Sphäre des Schuldners. Er wird regelmäßig außerstande sein, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die etwa auf die Kenntnis des Schuldners von dem Vollstreckungstitel schließen lassen. Der Schuldner, aus dessen Sphäre solche besonderen Umstände herrühren, wird nicht in unzumutbarer Weise belastet, wenn ihm der Entlastungsbeweis aufgebürdet wird, wenn er also z.B. vortragen muß, daß sein Vermieter vergessen hat, ihm den zugestellten Beschluß auszuhändigen, und daß er auch nichts davon gewußt hat, daß gegen ihn ein einstweiliges Verfügungsverfahren anhängig ist.

Der sachliche Unterschied bei einer Anwendung des § 831 BGB liegt in der unterschiedlichen Beweisposition des Titelschuldners. Gilt diese Vorschrift im Bestrafungsverfahren des § 890 ZPO, so muß der Titelschuldner den Entlastungsbeweis führen, daß ihn an der vom Dritten begangenen Zuwiderhandlung weder bei der Auswahl noch bei der Beaufsichtigung des Dritten ein Verschulden trifft. Er muß also darlegen und beweisen, daß er seinen Angestellten oder Beauftragten sorgfältig ausgesucht, daß er ihn über das gerichtliche Verbot unterrichtet, ihn zur Beachtung ermahnt, auf die Möglichkeit eines Regresses oder einer Kündigung hingewiesen, daß er ihn beaufsichtigt und kontrolliert hat, usw. Der Schuldner muß also die Organisation seines Betriebes offenlegen und auf diese Weise dem Gericht eine Nachprüfung dahin, ob er die erforderliche Sorgfalt beachtet hat, ermöglichen. Betrifft der Vorgang nicht einen gewerblichen Betrieb, sondern etwa den privaten Bereich des Schuldners, dem z.B. als Mieter die Verursachung ruhestörenden Lärms untersagt worden ist, so muß er darlegen, daß er seine Familienangehörigen zur Beachtung des Titels ermahnt hat [42].

Anders dagegen, wenn man eine Anwendung des § 831 BGB ablehnt. Allerdings enthält der Wortlaut des § 890 ZPO keinen Hinweis auf das Erfordernis eines Verschuldens und damit auch keine ausdrückliche Regelung der Darlegungs- und Beweislast. Wenn es sich hierbei auch um Begriffe des Erkenntnisverfahrens handelt, so muß es doch auch im Verfahren des § 890 ZPO bei der hier vertretenen zivilprozeßrechtlichen Betrachtungsweise eine Darlegungs- und Beweislast geben, da Voraussetzung für eine Straffestsetzung ist, daß eine schuldhafte Zuwiderhandlung festgestellt wird. Es müssen deshalb dem Gericht die entsprechenden Behauptungen vorgetragen werden, und es muß bei Bestreiten Beweis erhoben werden [43]; ebenso muß es Regeln dafür geben, zu wessen Lasten eine Unklarheit des Beweisergebnisses geht.

42) Die Anwendung des § 831 BGB muß sich -dem Vorschlag Theuerkaufs folgend- auf den genannten Kreis der Personen des Verantwortungsbereichs des Schuldners erstrecken und darf sich nicht auf die eigentlichen Verrichtungsgehilfen beschränken.

43) Eine Glaubhaftmachung genügt nicht, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 890 Anm.III 1.

Es findet in dieser Zwangsvollstreckung eine Art Erkenntnisverfahren statt, und es bieten sich deshalb die allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast an, die im gewöhnlichen Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses gelten. So wie der Kläger im Regelfall die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und bei Bestreiten durch den Beklagten beweisen muß, so muß der Gläubiger, der den Strafantrag nach § 890 ZPO stellt, die strafbegründenden Tatsachen vortragen und beweisen, also insbesondere, daß der Schuldner oder eine Person, die in dessen Verantwortungsbereich tätig ist, eine Zuwiderhandlung begangen hat und daß den Schuldner hieran ein Verschulden trifft.

Die Frage, ob die Vorschrift des § 831 BGB im Strafverfahren des § 890 ZPO anwendbar ist, kann allein danach beantwortet werden, ob die Interessenlage eine solche Lösung rechtfertigt und ob diese zu vernünftigen, praktikablen und sachgerechten Ergebnissen führt.

Dem durch die Zuwiderhandlung geschädigten Gläubiger wird in aller Regel die Einsicht in die Organisation des Gewerbebetriebs des Schuldners, insbesondere in die Organisation der Hilfspersonen, verschlossen sein. Er kann nicht wissen, ob und in welcher Weise der Schuldner seine Angestellten unterwiesen, überwacht, ermahnt und beaufsichtigt, wie er sie ausgewählt und ob er ihnen im Falle der Zuwiderhandlung einen Regreß, eine Klageerhebung oder die Kündigung angedroht hat. Man würde den Gläubiger zwingen, Behauptungen ins Blaue hinein aufzustellen, nur damit er seiner Darlegungspflicht genügen kann. Auf der anderen Seite wird der Schuldner nicht in unzumutbarer Weise belastet, wenn ihm der Nachweis einer einwandfreien Organisation seines Hilfspersonals aufgebürdet wird. Ihm fällt es nicht schwer, vorzutragen, welche einzelnen Vorkehrungen er in dieser Hinsicht getroffen hat, und er kann auf diese Weise dem Gericht eine Nachprüfung ermöglichen.

Die von T h e u e r k a u f vorgeschlagene entsprechende Anwendung des § 831 BGB entspricht daher der Interessenlage; sie hat keine unzumutbare Belastung des Schuldners zur Folge, sie befreit den Gläubiger aus der bestehenden, nicht aus seiner Sphäre kommenden Darlegungs- und Beweisnot und führt

zu sachgerechten und praktikablen Ergebnissen.

Es ist auch anzunehmen, daß diese Lösung einer Nachprüfung durch das BVerfG standhalten würde, auch wenn es die Strafe des § 890 ZPO vorwiegend strafrechtlich versteht [44]. Schuldvermutungen sind auch dem Strafrecht (vgl.§ 186 StGB) und dem Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht fremd.

IV. Die Fälle des § 13 Abs.3 UWG und des § 12 Abs.2 RabattG

Es bleibt die Frage zu klären, ob die Vorschrift des § 13 Abs. 3 UWG (ebenso die des § 12 Abs.2 RabattG) von dem Erfordernis eines (vermuteten) Verschuldens des Titelschuldners bei Begehung einer Zuwiderhandlung durch einen Angestellten oder Beauftragten eine Ausnahme bestimmt.

1. Die Lehre von der vollstreckungsrechtlichen Sonderstellung dieser Fälle

Zur Begründung der Meinung, daß im Rahmen dieser Bestimmung ein eigenes Verschulden des Betriebsinhabers (aber doch des Angestellten) nicht vorzuliegen brauche, wird geltend gemacht, daß § 13 Abs.3 UWG nicht nur für das Erkenntnisverfahren,sondern auch für die Zwangsvollstreckung gelte und eine Zurechnung

---

44) Den § 23 WiStG vom 26.7.1949, der eine ähnliche Schuldvermutung enthielt, wie sie sich bei Anwendung des § 831 BGB im Rahmen des § 890 ZPO ergibt, hat das BVerfG als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen (NJW 1959, 619 f.). Hierzu hat es ausgeführt, es werde dem Betroffenen durch die Schuldvermutung nichts Unzumutbares auferlegt; es müsse zunächst nach allgemeinen Regeln nachgewiesen werden, daß im Betrieb eine bestimmte Zuwiderhandlung begangen worden sei;; stehe diese fest,dann spreche eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür, daß der Inhaber oder Leiter des Betriebs von ihr Kenntnis gehabt, sie mindestens durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht nicht verhindert, also ermöglicht und verschuldet habe; es sei daher nicht unbillig, wenn der Verwaltungsbehörde gestattet werde, zunächst abzuwarten, was der Inhaber oder Leiter zu seiner Entlastung vorbringe, für ihn sei es leichter, nachzuweisen, daß er das in diesem Betrieb konkret Erforderliche veranlaßt habe; aus diesen Gründen sei -zumal es sich nur um eine Ordnungswidrigkeit handle- die in dieser Vorschrift enthaltene Schuldvermutung nicht grundgesetzwidrig. - Diese Analyse der Interessenlage betrifft ebenso das hier behandelte Problem, so daß hieraus die Folgerung gezogen werden darf, daß die Anwendung des § 831 BGB im Rahmen des § 890 ZPO keinesfalls gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt.

der vom Dritten begangenen Zuwiderhandlung in objektiver u n d subjektiver Hinsicht bewirke [45]. Im Wettbewerbsrecht müsse die Anwendung des § 890 ZPO anderen Regeln unterliegen, als sie beispielsweise im Mietrecht gälten; der gesetzgebe - rische Zweck der Bestimmung des § 13 Abs.3 UWG, nämlich, zu verhindern, daß der Betriebsinhaber sich hinter seinen Angestellten verstecke, treffe auch in der Zwangsvollstreckung zu[46].

K e i d e l hat in diesem Zusammenhang gemeint, daß in der Vollstreckungsinstanz einem urteilsmäßig festgestellten An - spruch nicht ein Einwand entgegen gesetzt werden könne, der nicht zur Abwendung der Verurteilung selbst geeignet sei; wenn sich der Betriebsinhaber durch den Einwand, daß ihm keine Verletzung der Sorgfaltspflicht zur Last falle, nicht gegen die Verurteilung schützen könne, so könne logischerweise der gleiche Einwand auch nicht die Vollstreckung des Urteils verhindern [47].

R e c k e n führt aus, das Recht des Wettbewerbskonkurrenten richte sich zunächst gegen niemanden und trage eine Beziehung zu einer bestimmten Person nicht ohne weiteres in sich; es werde aber mit dem Augenblick eines rechtswidrigen Ein - griffs zu dem Recht, ein Unterlassen weiterer Eingriffe von einer bestimmten Person zu verlangen; es werde ein Anspruch im Sinne des § 194 BGB [48]. Diesem Anspruch -so meint Reckenentspreche auf der Seite des anderen die Verbindlichkeit zur Unterlassung weiterer rechtswidriger Eingriffe; wenn er sich hierbei zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anderer Personen bediene, so hafte er gemäß § 278 BGB für das Verschulden dieser Personen wie für eigenes Verschulden und müsse bestraft werden.

---

45) OLG Celle NJW 1959, 1691 f, ebenso Rötelmann in einer zustimmenden Anmerkung; GRUR 1962, 51; BB 1963, 1235 f, = NJW 1964, 163 f; OLG Koblenz MDR 1966, 762 f; LG Hamburg GRUR 1962, 530 f.

46) LG Hamburg aaO; Theuerkauf, ZZP 78, 215 ff (218, 219,220).
47) LZ 1914, 655 ff.
48) GRUR 1914, 141 f.

Die Vertreter der Meinung von der Sonderstellung des § 13 Abs.3 UWG im Rahmen des § 890 ZPO befürchten, daß bei Verlangen eines eigenen Verschuldens des Betriebsinhabers dem Unterlassungsgläubiger wieder genommen werde, was ihm im Erkenntnisverfahren nach dem Gesetz zugesprochen worden ist, nämlich das Einstehen des Schuldners dafür, daß auch seine Angestellten und Beauftragten das Unterlassen, was der Titel verbietet. Der Unterlassungsanspruch, so wird argumentiert, werde sonst illusorisch, ein Anspruch, der in der Zwangsvollstreckung nicht durchsetzbar sei, nütze dem Gläubiger nichts [49].

2. Eigener Lösungsversuch

Mit diesen Argumenten ist nun aber der Nachweis nicht erbracht, daß § 13 Abs.3 UWG (§ 12 Abs.2 RabattG) gegenüber dem Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO in sonstigen Fällen eine Ausnahme bilde und eine Zurechnung der Zuwiderhandlung des Dritten in objektiver u n d subjektiver Hinsicht begründe.

Ist allgemein im Bestrafungsverfahren des § 890 ZPO ein eigenes Verschulden des Titelschuldners erforderlich -was auch von den Vertretern der oben dargestellten Meinung nicht angezweifelt wird- , so könnte bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstitel nach § 13 Abs.3 UWG nur dann etwas anderes gelten, wenn diese Vorschrift das Zwangsvollstreckungsverfahren anders regelte als § 890 ZPO, mit anderen Worten, wenn § 13 Abs. 3 UWG (und entsprechend § 12 Abs.2 RabattG) nicht nur eine materiellrechtliche, sondern auch eine zwangsvollstreckungsrechtliche Bestimmung darstellte.

Man mag darüber streiten können, ob § 13 UWG überhaupt einen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch gewährt [50]. Bedenken gegen die Annahme, daß sich das allgemeine Verbot, hier: wettbewerbswidrige Handlungen vorzunehmen, zu der engeren Beziehung eines Anspruchs verdichtet, lassen sich nicht von der

---

49) Vgl.z.B. OLG Celle NJW 1964, 163 f.
50) So das BVerfG aaO, S.197.

Hand weisen. Wie die negative Feststellungsklage zeigt, setzt prozessualer Rechtsschutz keineswegs immer die Geltendmachung subjektiver Rechte voraus [51]. Deshalb ist die Frage, ob mit der Unterlassungsklage ein prozessualer Rechtsschutzanspruch, und nicht ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch geltend gemacht werde, nicht unberechtigt. Selbst wenn aber § 13 Abs.3 UWG dem Gläubiger prozessualen Rechtsschutz und keinen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch gewährt, also eine prozessuale Norm darstellt, enthält diese Bestimmung doch keine zwangsvollstreckungsrechtliche Regelung. Nach dem Wortlaut der Vorschrift (und des § 12 Abs.2 RabattG) kann auch vom Inhaber des geschäftlichen Betriebs Unterlassung verlangt werden, wenn in dem Betrieb ein Angestellter oder Beauftragter wettbewerbswidrige Handlungen vornimmt; danach ist es eindeutig, daß die Regelung nur das Erkenntnisverfahren, nicht aber die Zwangsvollstreckung betrifft. Hätte der Gesetzgeber auch eine vollstreckungsrechtliche Regelung -abweichend von § 890 ZPO- treffen wollen, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht.

Ob eine Bestrafung des Schuldners ein eigenes Verschulden voraussetzt, ist eine vollstreckungsrechtliche Frage; das Vollstreckungsverfahren des § 890 ZPO ist ein allgemein geregeltes Verfahren, das für die unterschiedlichsten sachlichrechtlichen Unterlassungsansprüche gleichermaßen gilt. Ein Anspruch ist zwangsweise nur insoweit durchsetzbar, als das Vollstreckungsrecht hierfür ein Verfahren zur Verfügung stellt. Da die Vollstreckung wegen wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche nicht besonders geregelt ist, müssen auch für sie die zu § 890 ZPO allgemein gewonnenen Erkenntnisse gelten. Fehlt im konkreten Fall ein eigenes Verschulden des Betriebsinhabers an der von einem Angestellten begangenen Zuwiderhandlung, so kann eine Vollstreckung nicht stattfinden. Damit wird aber dem Unterlassungstitel nicht allgemein die zwangsweise Durchsetzbarkeit genommen, sondern sie wird auf die vom Schuldner verschuldeten Fälle beschränkt.

Damit ist auch die Argumentation K e i d e l s , daß dem urteilsmäßig festgestellten Anspruch nicht ein Einwand entgegen-

---

51) Vgl. Zeuner, Festschrift für Hans Dölle, S.295 ff (305, 307, 308).

gesetzt werden könne, der zur Abwendung der Verurteilung nicht geeignet sei, widerlegt. Im Bestrafungsverfahren geht es nicht mehr um die Feststellung des Unterlassungsanspruchs (oder Rechtsschutzanspruchs); die Zwangsvollstreckung hat ihre eigenen Voraussetzungen, die mit denen des Erkenntnisverfahrens nichts zu tun haben. Im übrigen ist die Erscheinung, daß zwar eine Verurteilung erfolgt, aber eine Vollstreckung ausgeschlossen ist, der ZPO durchaus nicht fremd. Es sei auf die in § 888 Abs.2 ZPO genannten Fälle verwiesen; nach § 888 Abs.1 ZPO ist eine Zwangsvollstreckung auch bei unvertretbaren Handlungen, die nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen, nicht statthaft.

Daß § 278 BGB im Bestrafungsverfahren des § 890 ZPO nicht gilt, wurde bereits ausgeführt. Durch die Verurteilung zur Unterlassung wird keine Verbindlichkeit des Schuldners begründet, bei deren Erfüllung er für ein Verschulden seiner Hilfspersonen nach § 278 BGB einstehen muß. Diese Ansicht R e c k e n s hat keine Anhänger gefunden.

3. Die Praktikabilität der gefundenen Lösung

Bei der hier vertretenen Anwendung des § 831 BGB ist nicht zu befürchten, daß es schwerer werde, unlauterer Werbung mit Aussicht auf Erfolg entgegenzutreten [52]. Es ist nicht einzusehen, warum gerade nur im Wettbewerbsrecht solche Ausnahmesituationen bestehen sollen. Die Gefahr, daß wegen der komplizierten Vorgänge und Tatbestände in der modernen Organisation eines größeren Gewerbebetriebs der Unterlassungsgläubiger die Verhältnisse nicht durchblicken und nicht überschauen kann, besteht nicht nur im Bereich des Wettbewerbs, sondern bei allen Unterlassungsansprüchen, die den gewerblichen Betrieb eines Unternehmens tangieren; es braucht nur auf den Unterlassungsanspruch wegen unzulässiger Immissionen (§§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 906 BGB) hingewiesen zu werden. Dieser Gefahr wird durch die Anwendung des § 831 BGB im Bestrafungsverfahren des § 890 ZPO begegnet.

---

52) So die Befürchtungen von Adomeit aaO, S.1994.

Infolgedessen muß der Betriebsinhaber die einwandfreie Organisation seines Betriebes und seines Hilfspersonals dartun und beweisen, er muß etwa bestehende letzte Zweifel ausräumen; jede Unklarheit, die verbleibt, geht zu seinen Lasten und rechtfertigt seine Bestrafung. Hierdurch werden die Rechte und Interessen des Unterlassungsgläubigers hinreichend geschützt.

Eine Bestrafung auch dann zuzulassen, wenn der Unterlassungsschuldner den Entlastungsbeweis geführt hat, wird durch die Interessenlage nicht mehr gerechtfertigt. Das beweist der Fall, über den das O L G C e l l e in dem Beschluß entschieden hatte, der vom B V e r f G wegen Verstoßes gegen den Verfassungsgrundsatz "nulla poena sine culpa" aufgehoben wurde [53]:

> Eine Lesering-Firma (Schuldnerin) hatte durch Werbefirmen (Betreuungsfirmen) Mitglieder werben lassen. Eine der Werbefirmen hatte dies in unzulässiger Weise getan, worauf eine Verlagsfirma (Gläubigerin) eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung gegen die Schuldnerin erwirkte. Die Schuldnerin wies ihre Betreuungsfirmen schriftlich auf das erlassene Verbot hin und bat um Unterlassung. In einem weiteren Schreiben wiederholte sie ihre Aufforderung und drohte bei Nichtbefolgung des Verbots den Abbruch der geschäftlichen Beziehungen an. Trotzdem nahm eine der Betreuungsfirmen wiederum eine unzulässige Werbung vor.

Das O L G C e l l e wertete diesen Sachverhalt dahin, daß die Schuldnerin keine Schuld an dieser Zuwiderhandlung treffe und daß sie alles getan habe, was von ihr zur Abwendung von Zuwiderhandlungen habe verlangt werden müssen. Unter diesen Umständen mußte aber eine Bestrafung der Schuldnerin als nutzloses Unterfangen erscheinen. Ihr Wille konnte nicht mehr gebeugt werden, da sie alle Vorkehrungen zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen getroffen hatte. Der von dem Dritten begangene Wettbewerbsverstoß konnte durch eine Bestrafung der Titelschuldnerin nicht ungeschehen gemacht werden. Die Straffestsetzung war aber auch nicht erforderlich, um eine künftige Beachtung des Titels zu erzwingen, da die Schuldnerin hierzu ohnehin bereit war. Die trotzdem erfolgte Bestrafung bedeutete nichts anderes, als daß das Gericht der Schuldnerin insgeheim doch den Vorwurf machte, daß sie die Zuwiderhandlung nicht verhindert hatte.

---

53) NJW 1964, 163 f; vgl. auch die Wiedergabe des Sachverhalts in der Entscheidung des BVerfG NJW 1967, 195 ff.

Die von A d o m e i t angeführte rechtspolitische These[54], daß derjenige, der seine Aktionsfähigkeit durch Indienstnahme Dritter erweitert und damit die Gefährdung fremder Rechtsgüter erhöht, sich nicht darauf berufen darf, nicht selbst gehandelt zu haben, trifft nicht den Kern des Problems. Dieser Grundsatz kann nur für das materielle Recht gelten oder erstrebenswert erscheinen, insbesondere dort, wo es um den Ausgleich von erfolgten Rechtsgutverletzungen, also um Schadensersatz, geht; ihm kommt keine Aussagekraft zu, wenn es sich darum handelt, wie der Schuldner zur Beachtung eines gegen ihn ergangenen Unterlassungstitels gezwungen werden kann. Auch die von Adomeit befürchteten praktischen Schwierigkeiten für den Gläubiger sind teils nicht spezifisch für den Unterlassungsanspruch, sondern bestehen für jeden Gläubiger (Kläger), teils sind sie auch auf andere Weise zu beheben.

Wenn der Gläubiger nicht weiß, ob es zweckmäßiger ist, den Betriebsinhaber oder den ungehorsamen Angestellten zu verklagen, so kann er gegen beide Klage erheben[55], so daß er gegen jeden einen Vollstreckungstitel erlangt und jeweils gegen den Schuldigen das Bestrafungsverfahren betreiben kann. Daß er von dem beklagten Angestellten unter Umständen die Prozeßkosten nicht erlangen kann, ist das Risiko jedes Klägers, nicht nur des Unterlassungsklägers. Wenn der Geschäftsinhaber die gegen seinen Angestellten festgesetzte Strafe übernimmt, so wird bei der nächsten von einem Angestellten begangenen Zuwiderhandlung ein eigenes Verschulden des Inhabers vorliegen, da er durch sein Verhalten sein Personal zu weiteren Verstößen verleitet hat. Eine Straffestsetzung gegen den Inhaber wegen einer von einem Angestellten begangenen, von ihm nicht verschuldeten Zuwiderhandlung ist schließlich auch nicht geeignet, einen anderen Angestellten zur Beachtung des gerichtlichen Verbots zu veranlassen. Das wird dem Betriebsinhaber allenfalls dann ge-

54) AaO, S.1994.

55) Die beiden Beklagten haften nicht als Gesamtschuldner, da jeder nur die eigene Unterlassung, nicht aber die des anderen schuldet (vgl.Palandt-Heinrichs, Überbl.3 vor § 420).

lingen, wenn er die nach Erlaß des Titels von einem Angestellten begangene Zuwiderhandlung zum Anlaß nimmt, alle Angestellten nochmals eindringlich zu ermahnen und zu warnen. Unterläßt er solche Vorkehrungen, so wird regelmäßig bei einer erneuten Zuwiderhandlung ein eigenes Verschulden des Inhabers vorliegen. Begeht ein anderer Angestellter trotz dieser Vorkehrungen einen neuen Verstoß, so wäre dieser wohl auch nicht vermieden worden, wenn zuvor der Inhaber bestraft worden wäre.

Nach alledem muß es auch im Rahmen des § 13 Abs.3 UWG und des § 12 Abs.2 RabattG bei dem allgemeinen Grundsatz verbleiben, daß eine Bestrafung nach § 890 ZPO ein eigenes Verschulden des Titelschuldners voraussetzt, daß dieser aber den Entlastungsbeweis zu führen hat. Die Gegenmeinung führt zu einer unübersehbaren Haftung des Betriebsinhabers [56].

§ 13

Die Strafe des § 888 ZPO

I. Überblick über die im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Meinungen

Aus der Tatsache, daß die Strafe des § 888 ZPO eine reine Beugemaßnahme darstellt, glaubt die herrschende Lehre in Rechtsprechung und Schrifttum folgern zu müssen, daß eine Bestrafung des Schuldners n i c h t voraussetzt, daß ihn daran, daß er die geschuldete Handlung nicht vorgenommen hat, ein Verschulden trifft [57]: Auch wenn der Schuldner infolge von

---

56) Tetzner, Kommentar zum RabattG, § 12 Rdnr.15; Tetzner, JZ 1964, 414 ff (417).

57) Blomeyer, S.158; Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm.3 B; De-Boor-Erkel, S.103,(wenn auch nicht ausdrücklich); Falkmann-Mugdan, S.944; Förster-Kann, § 888 Anm.2 g; Hoche, S.171; Lent-Jauernig, S.91; Mohrbutter, S.248; Rosenberg, S.1079; Sydow-Busch, § 888 Anm.6; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 888 Anm.II 3; Schönke-Baur, S.165; Thomas-Putzo, § 888 Anm.2 c; Zöller, § 888 Anm.1;

OLG Frankfurt NJW 1953, 1029 f.

Umständen, die außerhalb seines Willens liegen, an der Erfüllung der Verpflichtung gehindert wird, hält man eine trotzdem erfolgende Bestrafung für unschädlich, da der Schuldner die Strafvollstreckung jederzeit durch Erfüllung abwenden könne [58].

Von allen Kommentaren und Lehrbüchern scheint allein W i e c z o r e k [59] eine andere Ansicht zu vertreten, wenn er ausführt, daß Verschulden nicht Voraussetzung der Strafe sei, wenn auch mangelndes Verschulden den Schuldner zu entlasten vermöge, insoweit ihm dadurch , wenn auch nur zeitweilig, die Erfüllung unmöglich gewesen sei. Das ist wohl dahin zu verstehen, daß nach W i e c z o r e k die Strafe festgesetzt werden soll, ohne daß das Vorliegen eines Verschuldens geprüft zu werden brzucht, daß aber der Schuldner den Entlastungsbe - weis führen kann.

Entgegen der herrschenden Lehre verlangt L ü k e , daß zum Schutz des Schuldners auch im Rahmen des § 888 ZPO Raum geschaffen werden müsse für die Berücksichtigung des Ver - schuldens [60].

II. Die Gleichbehandlung der Maßnahmen des § 888 und des § 890 ZPO

Da nach der hier vertretenen Meinung die Strafe des § 890 ZPO funktionell nicht anders zu behandeln ist als diejenige des § 888 ZPO, folgt schon aus dieser Gleichbehandlung, daß auch die Straffestsetzung nach § 888 ZPO voraussetzt, daß der Schuldner die Nichtvornahme der im Vollstreckungstitel angeordneten Handlung verschuldet hat. Wie L ü k e zutreffend ausführt, gebietet die Identität der in den §§ 888 und 890 ZPO angedrohten schwerwiegenden Maßnahmen, daß zum Schutze des Schuldners auch im Rahmen des § 888 ZPO die Frage des Verschuldens berücksichtigt werden muß [61].

---

58) OLG Frankfurt aaO.
59) § 888 Anm.D IV b.
60) JZ 1959, 369.
61) JZ aaO.

Ebenso wie bei der Strafe des § 890 ZPO erfordert auch hier gerade der Beugezweck der Strafe ein Verschulden des Titelschuldners, da nur der Wille des zur Vornahme der gebotenen Handlung nicht bereiten Schuldners gebeugt werden kann. Ein Mangel an Bereitschaft zur Erfüllung kann aber bei demjenigen Schuldner, der infolge eines von ihm nicht zu vertretenden und außerhalb seines Willens liegenden Umstandes die Handlung nicht vornehmen konnte, nicht festgestellt werden. Welchen Sinn und Zweck sollte eine Bestrafung haben, die gegen den zur Rechnungslegung verurteilten Schuldner festgesetzt und vollstreckt wird, wenn dieser zur Vornahme der geschuldeten Handlung durchaus bereit, aber hierzu infolge schwerer Krankheit nicht in der Lage ist?

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Festsetzung einer Strafe ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Verschuldens im Verfahren des § 888 ZPO unschädlich sei, da der Schuldner die Vollstreckung der Strafe jederzeit durch Vornahme der geschuldeten Handlung, also durch Erfüllung, abwenden könne. Das trifft zwar in der Regel, nicht aber in allen Fällen zu. Diese Möglichkeit besteht dann nicht, wenn die geschuldete Handlung termingebunden ist oder wenn es sich um eine Dauerverpflichtung handelt. Wenn dem Schuldner aufgegeben worden ist, an einem bestimmten Tage einer Partei den ihr vermieteten Saal zur Verfügung zu stellen, und der Schuldner diesem gerichtlichen Gebot nicht nachkommt, so kann er auch nachträglich seine Verpflichtung nicht mehr erfüllen und daher auch eine Bestrafung nicht abwenden. Ebenso, wenn dem Vermieter durch einstweilige Verfügung auferlegt worden ist, die Räume des Mieters mit einer bestimmten Mindesttemperatur zu beheizen, und er diesem Gebot einige Tage nicht folgt. Für die vergangene Zeit kann der Vermieter seine Verpflichtung nicht mehr nachholen und deshalb eine Bestrafung nicht vermeiden. Wie dargelegt wurde, ist in diesen Fällen eine Bestrafung erforderlich, um den Schuldner zur künftigen Beachtung des Vollstreckungstitels zu zwingen (Dauerverpflichtung) oder, wenn dies nicht möglich ist (einmalige, termingebundene Handlung), um die allgemeine Tauglichkeit des Vollstreckungsverfahrens des § 888 ZPO zu sichern und die allgemeine psychologische Wirkung der Strafandrohung

zu gewährleisten.

Die Tatsache, daß der Schuldner im Verfahren des § 888 ZPO nicht immer durch nachträgliche Vornahme der geschuldeten Handlung eine Strafvollstreckung abwenden kann, erfordert ein Korrektiv in Form eines Verschuldens. Hierfür spricht schließlich auch die Vorschrift des § 33 Abs.1 FGG, auf die bereits mehrfach hingewiesen worden ist. Zur Festsetzung einer Ordnungsstrafe nach dieser Bestimmung ist -auch im Falle der Anordnung der Vornahme einer Handlung (also entsprechend § 888 ZPO)- ein Verschulden des Betroffenen erforderlich [62]. Es ist auch hier kein vernünftiger Grund ersichtlich, der die Annahme rechtfertigen könnte, daß die Strafe des § 33 Abs.1 FGG, die ebenfalls eine reine Beugemaßnahme ist, ein Verschulden voraussetzt, die Strafe des § 888 ZPO hiervon aber unabhängig ist.

Entsprechend den Ausführungen zu § 890 ZPO braucht der Gläubiger auch im Verfahren nach § 888 ZPO ein Verschulden des Titelschuldners weder zu behaupten noch zu beweisen; es ist vielmehr Sache des Schuldners, sich zu exkulpieren, also darzulegen und zu beweisen, daß er aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, an der Vornahme der geschuldeten Handlung gehindert war. Obwohl es um unvertretbare Handlungen geht, ist es denkbar, daß sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung der Hilfe dritter Personen bedient, wenn z.B. der Vermieter, dem die ordnungsgemäße Beheizung der Mieträume aufgegeben worden ist, einen Dritten mit der Durchführung der hierzu erforderlichen Arbeiten beauftragt. Auch in diesen Fällen kann dem Schuldner die Nichtvornahme -wie bei § 890 ZPO die Zuwiderhandlung- nur dann zugerechnet werden, wenn ihn ein eigenes Verschulden bei der Auswahl oder Beaufsichtigung des Dritten trifft. Auch hier ist eine entsprechende Anwendung des § 831 BGB geboten, so daß es Sache des Schuldners ist, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß er die Hilfspersonen sorgfältig ausgewählt und ausreichend unterwiesen und beaufsichtigt hat. Hat der Titelschuldner alle erforderlichen und ihm zumutbaren Vorkehrungen

---

62) Fußnote 26, Seite 169 der Arbeit.

zur Erfüllung der Verpflichtung getroffen und ist der Erfolg trotzdem ausgeblieben, weil der Dritte die Handlung nicht vorgenommen hat, so ist es nicht gerechtfertigt, den Schuldner zu bestrafen, da eine solche Strafe keinen Sinn hätte. Auch im Rahmen des § 888 ZPO führt die analoge Anwendung des § 831 BGB zu sachangemessenen, praktisch brauchbaren und gerechten Ergebnissen.

Abschließend kann festgestellt werden, daß entgegen der herrschenden Lehre sowohl die Straffestsetzung nach § 890 ZPO als auch diejenige nach § 888 ZPO ein (eigenes) Verschulden des Titelschuldners voraussetzt.

Es würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, auf die Frage des Verschuldens in atypischen Fällen einzugehen, etwa auf die Frage der Zulässigkeit der Straffestsetzung gegen eine prozeßunfähige physische Person [63]. Die Einstufung der Strafe der §§ 888, 890 ZPO als reine Beugemaßnahme schließt keineswegs aus, daß bei ihrer Festsetzung, Bemessung und Vollstreckung auf gewisse Grundsätze des Strafrechts und Strafprozeßrechts zurückgegriffen werden kann [64]. Ohne auf die Einzelheiten einzugehen, kann aber gesagt werden, daß dies in geringerem Umfange angebracht erscheint, als die herrschende Lehre in Rechtsprechung und Schrifttum annimmt.

---

63) Vgl. hierzu Theuerkauf, ZZP 78, 215 ff, 221 ff; Theuerkauf, FamRZ 1964, 487 ff; Theuerkauf, MDR 1963, 552 ff.

64) Pastor aaO, S.459.